



Roj: STSJ CLM 2077/2014
Id Cendoj: 02003330022014100633
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Albacete
Sección: 2
Nº de Recurso: 291/2013
Nº de Resolución: 10232/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10232/2014

Recurso Apelación núm. 291/13

Ciudad Real

S E N T E N C I A Nº 232

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

Dª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo

D. Ricaro Estévez Goytre

En Albacete, a veintiocho de julio de dos mil catorce.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **291/13** del recurso de Apelación seguido a instancia de **Dª. Paulina** representada por la Procuradora Sra. Jiménez Roldán y dirigido por el Letrado D. Bernabé Moreno Pizarro y del **MINISTERIO FISCAL**, contra el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE HERENCIA**, que ha estado representado por el Procurador Sr. Ponce Riaza y dirigido por el Letrado D. Daniel Chippirrás de Domingo, sobre PERMISO DE LACTANCIA; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Ciudad Real de fecha 16-4-2013, número 115/2013, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 279/2012, de protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "Desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Paulina contra la resolución del Ayuntamiento de Herencia de fecha 20-6-2012, que se describe en el primer antecedente de hecho, por no versar sobre derechos fundamentales sino una cuestión de legalidad ordinaria. Se le imponen las costas a la parte recurrente."

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo. Se dio traslado del recurso al Ministerio Fiscal, interesando su estimación

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 12-5-2014 a las 11,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A la hora de decidir sobre la apelación presentada debemos partir de la siguiente relación de hechos a los que se hace alusión en la sentencia apelada.

La actora es Secretaria del Ayuntamiento de Herencia (Ciudad Real). Causa baja por maternidad el 7-3-2012 por riesgo de embarazo. Da a luz el 23-3-2012 y el 16-7-2012 concluye el permiso por maternidad de 16 semanas de duración.

El 11 de junio de 2012 solicita del Ayuntamiento de Herencia su voluntad de acumular a la maternidad el permiso de lactancia por jornadas completas conforme a lo previsto en el art. 107.2 g) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla la Mancha , que en este caso le duró hasta el 16-8-2012 en que se le dio de baja, cesando en su puesto como funcionaria municipal.

Entretanto y por Resolución de la Dirección General de la Función Pública de 2-3-2012 se le adjudica, en virtud de concurso de traslados en el que participa, la plaza de Secretaria Interventora del Ayuntamiento de El Pedernoso (Cuenca) ya que la plaza que ocupaba en Herencia era de Secretaria con nombramiento provisional al no ser funcionaria perteneciente a la Subescala de Secretaria de entrada, clase 2ª.

Ante la petición de acumulación de los permisos ya aludidos se dicta resolución de fecha 20-6-2012 por parte de la Junta de Gobierno Local de Herencia por la que se le deniega indicándosele que habiendo sido nombrada Secretaria Interventora del Ayuntamiento de El Pedernoso y disponiendo de un plazo de tres días para cesar, correspondía al Ayuntamiento del nuevo destino el otorgamiento del permiso solicitado, no siendo competente el Ayuntamiento de Herencia para otorgar el indicado permiso .

Este acuerdo de 20-6-2012 es el recurrido en vía contencioso administrativa por los trámites del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. La sentencia de instancia considera inadecuado el procedimiento elegido puesto que lo que se discute es una cuestión de legalidad ordinaria, cuyo cauce procedimental debe ser el ordinario correspondiente, como lo es la decisión de cual sea el Ayuntamiento competente para resolver sobre la acumulación solicitada y que asume la posición de Administración empleadora a los efectos legales de alta, cotización abono de retribuciones complementarias, etc, no habiéndose negado el derecho de la demandante a librar unos días para la lactancia de su hijo, ni tan siquiera la opción elegida de acumular las horas en lugar de disfrutarlas fraccionadamente. Añade que la demandante no ha sufrido perjuicio alguno, dado que disfrutó el permiso de lactancia solicitado.

Apela la funcionaria articulando su recurso con fundamento en las siguientes pretensiones: 1º Cuando se plantea la solicitud el 11-6-2012 la actora aun no había cesado en su relación con el Ayuntamiento de Herencia. Tal cese ocurre el 16-8- 2012 y el permiso por maternidad acaba el 16-7-2012; 2º Es la toma de posesión según el art. 48 del R.D. 364/95, de 10 de marzo , la que determina el momento en que se formaliza la vinculación con la nueva Administración. Dicho precepto en su nº 3 establece lo siguiente: " El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde suspender el disfrute de los mismos."; 3º Entiende la recurrente que el permiso de lactancia no es un permiso "ex novo" diverso del de maternidad sino continuación o añadido al mismo ya que dura hasta los 12 meses y el bebé lacta desde que nace; 4º Invoca una consulta al Ministerio de Administraciones Públicas que informa que en estos casos se prorroga el cese hasta el momento del fin de la baja o permiso; 5º La cuestión por la que se decide el asunto relativa a la competencia para la concesión de los permisos es una simple excusa que supone la denegación de un derecho de la mujer asociado a la maternidad, lo cual implica una discriminación por razón de sexo. Se le causan perjuicios; de hecho se le da de baja el 16 de julio de 2012 por el periodo correspondiente a la lactancia, cuestionándose de este modo también los derechos del menor con arreglo a la Ley 39/99 sobre conciliación de la vida familiar y laboral.

Suplica la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida por discriminar por razones de sexo a la funcionaria recurrente y el derecho de la misma a disfrutar el permiso de lactancia conforme a su solicitud, condenando a la demandada a abonar en concepto de daños y perjuicios, incluidas las costas del recurso, la cantida de 4.000 euros, ordenando al Ayuntamiento proceda al abono de las retribuciones dejadas de percibir por la funcinaria en los términos expresados en el hecho segundo y en el fundamento de derecho quinto.

En el trámite conferido el Ayuntamiento de Herencia solicita la confirmación de la sentencia mostrando su conformidad con sus argumentos y fallo. Por su parte el Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Causa cierto grado de sorpresa y perplejidad que después de haberse admitido a trámite la demanda por el cauce del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales de la persona previsto en el art. 114 y siguientes de la LJCA sin que nadie hubiese cuestionado la adecuación del mencionado procedimiento, habiéndose adoptado medidas cautelares positivas en el seno del abierto, en virtud de sendos autos de 10 y 25 de julio de 2012 por los que se accede a la concesión del permiso por lactancia acumulado por jornadas completas a partir del día 16 de julio de 2012, y no discutiéndose por ninguna de las partes en litigio el derecho de la actora a la baja por maternidad ni al permiso por lactancia y su eventual acumulación, se termine el pleito resolviendo con una sentencia que desestima la demanda por entender que la cuestión planteada no versa sobre ningún derecho fundamental, sino que es de legalidad ordinaria atinente a la determinación de cual sea el Ayuntamiento - el de Herencia o el de El Pedernoso- que asuma la posición de Administración empleadora a efectos legales del alta en Seguridad Social, cotizaciones, abono de retribuciones...o de decidir sobre la acumulación de los permisos solicitados en relación con la toma de posesión de la recurrente, máxime cuando según consta a los folios 115 a 134 de los autos principales a la actora no se le han pagado las retribuciones correspondientes al 16 de julio de 2012 cuando debería comenzar a disfrutar el permiso de lactancia, porque se le dio de baja, hasta el 16 de agosto en que se produjo su cese como Secretaria del Excmo. Ayuntamiento de Herencia, lo cual ha sido determinante de que se abriera una pieza de ejecución de los autos en virtud de los cuales se adoptaron medidas cautelares en este caso de carácter positivo, no siendo correcta la apreciación a la que se hace mención en la apelada de que no se ha causado perjuicio alguno al haberse disfrutado del permiso de lactancia, afirmación que a la vista de la pieza de ejecución abierta no es completamente correcta.

Para la Sala la cuestión en la que se detiene la sentencia de instancia para no entrar en el fondo del asunto debatido, enredándose en un problema de competencia o de legitimación pasiva sobre quien sería el Ayuntamiento que debería asumir los costes laborales del permiso de lactancia al que tenía derecho la actora, enturbia la cuestión fundamental del pleito relativa a la supuesta vulneración de un derecho fundamental como es el art. 14 de la Constitución , en su versión de prohibición de discriminación por razones de sexo, que se afirma cometida al denegar a la actora como Secretaria de un Ayuntamiento un derecho como el permiso de lactancia, íntimamente ligado a su a su promoción en el trabajo y a que la maternidad, y su derivación o implicación en la lactancia del bebé, íntimamente ligada a su condición de mujer, no sea un factor adverso para el acceso, conservación y promoción en el empleo. Esta es la temática sobre la que debería versar el presente procedimiento sin que el obstáculo de lo que podría ser tratado como excepción procesal en cuanto al Ayuntamiento legitimado pasivamente para hacer frente a las consecuencias económicas o administrativas derivadas del permiso de lactancia, que nunca ha sido negado a la actora, se pudiese convertir en razón decisiva para dar por terminado el procedimiento sin dar respuesta a la problemática sustantiva, realmente suscitada. La sentencia convierte en lo que es accesorio y debería tratarse como excepción procesal, en la verdadera cuestión litigiosa del pleito, que evidentemente no tiene. Hubiese sido muy fácil reconstruir la verdadera relación procesal trayendo al pleito, si fuera o se creyera necesario, a los dos Ayuntamientos en liza, implicados en las responsabilidades derivadas del permiso de lactancia de indiscutible reconocimiento para la actora, y así poder decidir ya sin ningún tipo de cortapisas y condicionamientos cual de los dos o hasta que punto los dos, afrontarían las obligaciones con origen en aquel permiso, pero, lo que no cabe es desentenderse del asunto principal -la causa de discriminación invocada- por un motivo que con el adecuado tratamiento procesal que debería tener no hubiese ocultado el verdadero problema denunciado y hubiera permitido llegar a él, dando satisfacción y respuesta en un cierto grado, a las pretensiones de la actora. Como veremos más adelante ni tan siquiera hubiera sido necesario reconstruir la relación procesal, trayendo al procedimiento al Ayuntamiento de Herencia, sino que hubiera bastado entrar a decidir sobre la determinación del Ayuntamiento responsable según lo pedido y el derecho invocado por la recurrente para discernir con claridad a quien correspondía asumir las obligaciones ligadas al permiso de lactancia y hacerse cargo de sus prestaciones, que no podía ser otro sino la Corporación demandada.

TERCERO.- Afrontando la cuestión principal del pleito trataremos de llevar a cabo una serie de consideraciones sobre las que pivota el permiso de lactancia y su influencia y conexión con el 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 profesional y a las condiciones de trabajo.

Desde la aprobación de la Ley 712007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se consideró que la titular "originaria" del permiso de lactancia era la madre.

Esta interpretación encuentra su base tanto en la regulación anterior como en la propia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Así, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, atribuía expresamente a "la funcionaria" la titularidad del citado permiso.

Por su parte, el EBEP, si bien al inicio de su artículo 48 dispone que 'los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos', dentro de dicho precepto, en su letra f), dedicada a regular el permiso de lactancia, incluye un segundo párrafo que dice así:

«Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente».

De igual modo el art. 107.2 g) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo de Empleo Público de Castilla La Mancha dispone lo siguiente: " g) Por lactancia de un hijo o hija menor de doce meses, la funcionaria tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones.

Este derecho puede sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

Igualmente, la madre o, en el caso de parejas del mismo sexo, uno de los progenitores puede solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

El permiso por lactancia, en cualquiera de las modalidades previstas en los párrafos anteriores, puede ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple".

La consideración de la madre como titular "originaria" del permiso implicaba, a su vez, que para que el padre u otro progenitor pudiese disfrutar del permiso de lactancia, era preciso que la madre le cediese el ejercicio del derecho.

Para ello, era preciso que el padre trabajase y que la madre tuviera reconocido en su régimen jurídico tal permiso, de manera que en los supuestos en los que el régimen jurídico aplicable a la actividad realizada por la madre, no incluyese el permiso por lactancia, no se podía producir cesión alguna y, por ende, el padre u otro progenitor tampoco podrían disfrutar de dicho permiso.

Esta interpretación ha venido a ser modificada, primero, por la Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Roca Alvarez),y más tarde, por la Sentencia 751201 1, de 19 de mayo, del Tribunal Constitucional.

La Sentencia de 30 de septiembre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), resuelve una cuestión prejudicial en la que se planteaba si la regulación del permiso de lactancia establecida por la legislación española, en la que se preveía el permiso de lactancia como un derecho únicamente de las trabajadoras por cuenta ajena, estaba amparada por la Directiva 76/207BEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a 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.

El TJUE indica en la Sentencia que el permiso de lactancia se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, y se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral.

En este sentido, determina que el hecho de denegar el disfrute del permiso porque la madre no sea trabajadora por cuenta ajena, sino trabajadora por cuenta propia, supone una limitación de su actividad profesional además de implicar que la madre ha de soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño.

Por todo ello, el TJUE resuelve que la legislación española no es acorde a la Directiva y, por ende, entiende que procede reconocer el permiso de lactancia a favor del padre incluso en los supuestos en los que la madre sea trabajadora por cuenta propia, y no trabajadora por cuenta ajena, ya que lo contrario supondría una discriminación no amparada por el ordenamiento europeo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 751201 1, de 19 de mayo, recoge los argumentos de la Sentencia del TJUE examinada, y reiterando su doctrina respecto de la constitucionalidad de las acciones positivas a favor de las mujeres tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, entiende que el Estatuto de los Trabajadores ampara el derecho del padre, trabajador por cuenta ajena, al disfrute del permiso de lactancia siempre que su esposa desempeñe una actividad profesional, aunque esta última actividad no dé lugar a la inclusión obligatoria en ningún de los Regímenes de la Seguridad Social (profesional liberal).

Al amparo de los pronunciamientos judiciales expuestos, se modificó parcialmente la interpretación que venía realizándose del permiso de lactancia de manera que se reconoció la posibilidad de que en el caso de que ambos progenitores trabajasen el padre pudiera disfrutar del permiso de lactancia, aunque la madre realizase una actividad regulada por un régimen jurídico en el que no se previera el permiso de lactancia.

En fechas recientes se ha planteado el supuesto de reconocer el disfrute del permiso de lactancia a favor del padre, funcionario de carrera, en el supuesto en el que la madre no trabaje.

El permiso de lactancia, como ya se ha indicado, se configura como un tiempo de la jornada laboral en la que se autoriza la ausencia del funcionario con objeto de poder atender al hijo menor en los primeros meses de vida.

Por otra parte, la jurisprudencia examinada pone el acento en evitar conductas que puedan suponer una desigualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, de tal manera que la concesión o no del permiso de lactancia pueda influir negativamente para la mujer en el ámbito laboral o profesional.

Partiendo de estos dos extremos, se deduce que la jurisprudencia europea y constitucional lo que persiguen es garantizar la igualdad entre hombre y mujer en el ámbito laboral y profesional.

Los pronunciamientos jurisprudenciales examinados amparan la concesión del permiso de lactancia a favor del padre u otro progenitor para proteger el derecho de que la madre realice, bien una actividad laboral o profesional efectiva, o bien, cualquier actividad destinada al acceso al empleo o la promoción profesional.

Así, la Sentencia del TJUE fundamenta su decisión en el artículo 2, apartado 4 de la Directiva 7612007 que, según el Tribunal, permite adoptar medidas *«en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. (. . .)»*.

Si bien la jurisprudencia señalada hace especial hincapié en la protección del derecho de la madre a no verse perjudicada en su promoción profesional, también debe tomarse en consideración que la jurisprudencia comunitaria no se refiere sólo a la igualdad en el ámbito laboral sino a la igualdad en el sentido más amplio. En este sentido, la titularidad del permiso de lactancia recaería tanto sobre el funcionario como sobre la funcionaria para garantizar tal igualdad. Por ello, el permiso será de disfrute indistinto, quedando limitado el disfrute a uno sólo de los progenitores cuando ambos trabajen.

Por tanto, el disfrute del permiso previsto en el artículo 48 letra f) del EBEP, será disfrutado indistintamente por el funcionario o la funcionaria y sólo en el caso de que ambos trabajen será disfrutado sólo por uno de ellos. Se entiende que esta misma interpretación sería predicable, en su caso, del permiso de lactancia regulado en el Estatuto de los Trabajadores (art. 37.4).

Otros elementos a incluir en la interpretación y aplicación del permiso de lactancia son su duración así como el momento en el que se puede iniciar el disfrute del permiso de lactancia.

En este sentido, y respecto a su duración, ha de tenerse en cuenta que el disfrute del permiso de lactancia por uno u otro progenitor no altera la duración máxima del permiso, tanto en su modalidad de disfrute diario como en la de disfrute acumulado.

De lo contrario, si se entendiese que la duración del permiso puede ser distinta según el progenitor que lo disfrute, se produciría una desigualdad entre hombre y mujer que en ningún caso ampara el ordenamiento jurídico vigente.

Así, en el supuesto de que el derecho al permiso de lactancia sea ejercido por el padre u otro progenitor, en todo caso, la duración máxima del permiso será la misma que la que habría correspondido a la madre, tanto en la modalidad de disfrute diario como en la de disfrute acumulado.

Por otra parte, el disfrute del permiso de lactancia en sus dos modalidades, diario o acumulado, solo puede disfrutarse una vez que haya finalizado el permiso por parto o, en su caso, una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por parto.

Y ello, porque los pronunciamientos judiciales antes examinados, si bien consideran que el permiso de lactancia no es un permiso propio de la madre, sino que puede ser disfrutado por ambos progenitores, entienden, en concreto, el Tribunal Constitucional, que el permiso por parto corresponde en exclusiva a la madre, sin perjuicio de que esta pueda ceder parte del permiso al otro progenitor.

El permiso por parto tiene por finalidad el cuidado del menor lo que conlleva, a su vez, el tiempo dedicado a lactancia del recién nacido.

Como ya se ha expuesto, la evolución que ha sufrido el permiso de lactancia permite afirmar que no es un tiempo destinado exclusivamente a alimentar al menor, sino que, además de esto, también comprende cualquier otro cuidado que se pueda procurar en este tiempo al lactante.

En este sentido, lo que contempla el ordenamiento son dos permisos destinados al cuidado del menor y que se disfrutan de manera sucesiva, que no simultánea, en el tiempo; primero, el permiso por parto, que cubre los primeros meses de vida del menor en los que se precisan mayores cuidados; y segundo, el permiso por lactancia, que se disfruta una vez finalizado el permiso por parto, y que permite dispensar al menor nuevos cuidados, pudiendo disfrutarse, bien de manera diaria, hasta que el menor alcance los doce meses de vida, con una duración máxima diaria de una hora, o bien, de manera acumulada, de una sola vez, y a continuación del permiso por parto.

A mayor abundamiento, se ha de señalar que el permiso de lactancia se ha venido a configurar como un permiso que, en su modalidad de disfrute acumulado, amplía el permiso por parto, y de ahí que su disfrute tenga que ser a continuación del disfrute del permiso por parto, por lo que, con carácter general, no se podría disfrutar en momento distinto puesto que devendría en una pérdida de la finalidad que persigue este permiso acumulado tal y como ha sido señalada.

Sentado lo anterior, excepcionalmente, atendiendo a circunstancias debidamente acreditadas de necesidades del cuidado del menor, se podrá conceder dicho permiso en un momento posterior a la finalización del permiso por parto, únicamente por el tiempo que reste hasta el cumplimiento de los doce meses de vida del menor.

En cuanto a su ejercicio simultáneo, la norma, a diferencia de lo previsto para el permiso por parto, no prevé tal posibilidad. Además, en el disfrute diario supondría una drástica reducción de la duración de su disfrute.

Por tanto, durante la vigencia del permiso por parto, o tiempo equivalente en el caso de que la madre no trabaje, no se podrá otorgar el permiso por lactancia.

Asimismo, y en los supuestos en los que se produzca la cesión parcial del permiso por parto a favor del padre u otro progenitor, por las razones ya expuestas, tampoco se podrá reconocer durante este tiempo el permiso por lactancia a favor de la madre.

Por último, la norma regula el permiso de lactancia como un permiso único por cada hijo.

Por otra parte también diversas sentencias del Tribunal Constitucional han puesto de relieve la dimensión constitucional del permiso de lactancia por su entronque con el derecho a la no discriminación del art. 14 de la CE y el mandato de protección a la familia y a la infancia del art. 39 de la CE (Sentencias 3/2007 , 24/2011 y 26/2011).

Precisamente también en la propia exposición de motivos de la Ley 39/99, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se ofrece como justificación de la misma, entre otras, la siguiente: " Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia".

CUARTO.- Para determinar la Entidad Local que debe asumir las consecuencias de los derechos derivados del reconocimiento del permiso de lactancia debemos partir del acto de la toma de posesión. Es la toma de posesión según el art. 48 del R.D. 364/95, de 10 de marzo, la que determina el momento en que se formaliza la vinculación con la nueva Administración. El citado precepto en su nº 1 establece la regla general de los plazos para la toma de posesión en los siguientes términos: " El plazo para tomar posesión será de tres días hábiles si no implica cambio de residencia del funcionario, o de un mes si comporta cambio de residencia o el reingreso al servicio activo.

El plazo de toma de posesión empezará a contarse a partir del día siguiente al del cese. que deberá efectuarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la publicación de la resolución del concurso en el «Boletín Oficial del Estado». Si la resolución comporta el reingreso al servicio activo. el plazo de toma de posesión deberá computarse desde dicha publicación".

En su nº 3 dispone lo siguiente: " El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que hayan sido concedidos a los interesados salvo que por causas justificadas el órgano convocante acuerde suspender el disfrute de los mismos."

Este precepto se coherente con la información facilitada por el Ministerio de Administraciones Públicas a determinadas consultas formuladas, que figura al folio 10 de los autos principales, donde se contesta a la pregunta de cómo incide el disfrute de un permiso o licencia en el cómputo de los plazos de cese y toma de posesión en los siguientes términos: " El cómputo de los plazos posesorios se iniciará cuando finalicen los permisos o licencias que, en su caso, hayan sido concedidos a los interesados. Asimismo el cómputo de los plazos de cese y toma de posesión no se iniciará en el supuesto de que el funcionario acredite estar en una situación que determine su incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. En tales supuestos el funcionario afectado deberá comunicar fehacientemente dicha circunstancia a las Entidades Locales afectadas (cese y nuevo destino) y a sus respectivas Comunidades Autónomas".

A la luz de tales preceptos o interpretaciones parece claro que cuando se plantea la solicitud del permiso de lactancia el 11-6-2012 aun no había cesado la funcionaria en su relación con el Ayuntamiento de Herencia (éste le da de baja el 16-8-2012); pero en cualquier caso habría de esperarse a la finalización del permiso de lactancia al que tenía derecho, y que fue concedido por el Juzgado sentenciador como medida cautelar de carácter positivo en virtud de los autos de fecha 10 y 25 de julio de 2012 a los que ya se ha hecho mención, con el fin de que se abriesen los plazos legales para la toma de posesión.

Bastaría con los razonamientos anteriores para determinar la responsabilidad del Ayuntamiento de Herencia en cuanto a las obligaciones derivadas del permiso de lactancia concedido cautelarmente. Ya se tome como referencia de la fecha de la solicitud o la de los autos de concesión, en tales fechas estaba aun pendiente y vigente, si bien suspendida por efecto del permiso o licencia obtenidas, la relación de servicios con la mencionada Entidad Local, a quien correspondía, no habiéndose producido aun la toma de posesión en la nueva Corporación a la que fue destinada la funcionaria, el pago de sus retribuciones profesionales, alta y cotizaciones sociales, entre otras obligaciones.

Pero es que, además, como muy bien se indica por la parte apelante, el permiso de lactancia de la mujer está íntimamente conectado al derecho al cuidado del hijo recién nacido y sus atenciones, desde que nace. Se podría afirmar que el derecho de lactancia nace desde el momento del nacimiento porque desde ese momento y por simples necesidades biológicas, el recién nacido lacta, de manera que ese derecho del menor no puede estar condicionado a la forma en que la madre quiera disfrutarlo ni significa que surja en ese momento muy posterior al parto. Bien es cierto que una vez que cesa la baja por maternidad aparece el permiso de lactancia como único pero sin que ello le haga perder su configuración y duración, ligada siempre a las necesidades del menor, ni el momento de su nacimiento al que ya hemos hecho mención. Es evidente que desde el prisma de estos razonamientos hizo bien la actora en solicitar el permiso de lactancia al Ayuntamiento del que dependía en el momento de dar a luz y cuando planteó su solicitud, debiéndose haber procedido a su concesión como un derecho que podríamos tildar de "natural", sin esperar a su obtención vía judicial, en sede de medidas cautelares.

QUINTO.- La conclusión a la que se debe llegar después de todo lo que hemos razonado es que el Ayuntamiento demandado discriminó por razones de sexo - art. 14 de la Constitución - a la actora denegándole indebidamente un derecho -permiso de lactancia- que le pertenecía con todas las bendiciones legales, bajo la vana excusa de no ser la empleadora de la recurrente por su destino en otra Corporación, pretexto sumamente evanescente por la configuración del permiso en la forma a la que ya hemos hecho mención y por no haber tomado aun posesión al servicio de esa nueva Entidad. De acuerdo con esta conclusión corresponderá al

Ayuntamiento demandado afrontar el pago de todos los salarios y emolumentos profesionales a los que tenía derecho la actora, así como el alta en la Seguridad Social y cotizaciones sociales, además de los demás derechos administrativos inherentes a la condición de funcionario de la Administración Local que le correspondan (antigüedad, derecho a participar en concursos, promoción profesional...), hasta el momento de la toma de posesión en el nuevo Ayuntamiento en la que fue destinada.

La actora también reclama también su derecho a una indemnización de 4000 euros en concepto de daños y perjuicios. Esta indemnización no se puede conceder entendiendo la Sala que a falta de una prueba precisa y clara de cuales son los daños y perjuicios por los que se se solicita esa indemnización, los sufridos quedan suficientemente reparados con los derechos económicos administrativos y profesionales reconocidos a los que ya hemos hecho mención en el párrafo anterior.

SEXTO.- Al estimarse en parte el recurso de apelación no se hace pronunciamiento en cuanto al pago de las costas de la primera instancia ni de las de las de esta alzada de conformidad con lo previsto en el art. 139 de la LJCA .

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

1.º Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto.

2º Revocamos la sentencia apelada.

3º Entrando a conocer del fondo del asunto debatido estimamos en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto.

4º Anulamos el acto administrativo recurrido de fecha 20-6-2012 de la Junta de Gobierno Local del Excmo Ayuntamiento de Herencia (Ciudad Real).

5º Declaramos el derecho de la actora a no ser discriminada por razones de sexo y el derecho a disfrutar el permiso por lactancia solicitado, confirmando la medida cautelar adoptada por el Juzgado que la otorgó.

6º Condenamos al Excmo. Ayuntamiento de Herencia (Ciudad Real) al abono de las retribuciones dejadas de percibir como consecuencia de la denegación del permiso de lactancia solicitado desde el momento en que se dejaron de abonar de acuerdo con los razonamientos del fundamento de derecho quinto de la presente resolución, así como todos los demás derechos administrativos y de Seguridad Social perdidos como consecuencia de dicha denegación; todo ello hasta el momento de su toma de posesión en el Ayuntamiento de El Pedernoso (Cuenca).

7º No hacemos pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales de la primera instancia y de las de esta alzada.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a veintiocho de julio de dos mil catorce.