

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sentencia de 10 de mayo de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 836/2011

Emitido voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. Nicolás Maurandi Guillén.

Ponente Excmo. Sr. JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS

En la Villa de Madrid, a 10 de Mayo de 2012.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección VIIª por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso administrativo n.º 2/836/2011, interpuesto por la Ilma. Sra. D.ª Esther, Magistrada de la Sala de lo Contencioso Administrativo de DIRECCION000, contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de septiembre de 2011, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 20 de mayo de 2011 del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria denegatorio de la solicitud de la recurrente de disfrutar de una licencia de 15 días tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria. Ha sido parte demandada el Consejo General del Poder Judicial, representado por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 14 de diciembre de 2011 en el Registro General de este Tribunal Supremo, la Ilma. Sra. D.ª Esther, interpuso recurso contencioso-administrativo contra Acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de septiembre de 2011, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 20 de mayo de 2011 del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria denegatorio de la solicitud de la recurrente de disfrutar de una licencia de 15 días tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 19 de diciembre de 2011 se tuvo por interpuesto el recurso y se requirió al CGPJ la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el art. 49 de la Ley de la Jurisdicción. Recibido, se dio traslado a la recurrente a fin de que formulara la demanda.

TERCERO.- La Ilma. Sra. D.ª Esther evacuó el trámite conferido mediante escrito presentado el 2 de febrero de 2012 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó oportunos, solicitó a la Sala literalmente que "(...) dicte en su día sentencia por la que se estime el recurso contencioso administrativo, se declare nula la Resolución impugnada y se condene a dictar otra en su lugar que recoja el derecho a disfrutar de una licencia de quince días por haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria."

Por Otrosí único manifestó que "tratándose de un asunto meramente jurídico, no se solicita la práctica de prueba alguna ni la necesidad de presentar conclusiones finales".

CUARTO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito, registrado el 7 de marzo de 2012, en el que pidió el dictado de una resolución por la que se desestime el recurso y confirme la resolución recurrida.

QUINTO.- Declaradas concluidas las actuaciones, mediante diligencia de ordenación de 30 de marzo de 2012 se señaló para la votación y fallo el día 25 de abril de 2012, en que han tenido lugar.

El Excmo. Sr. Presidente de la Sala, al no conformarse el Ponente con el acuerdo mayoritario, pues conforme al art. 206 de la LOPJ declinó la redacción de la ponencia, anunció el correspondiente voto particular y nombró nuevo Ponente al Excmo. Sr. Don Juan José González Rivas.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas,

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041

Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: info@padresdivorciados.es

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso contencioso-administrativo se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico del Acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de septiembre de 2011, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 20 de mayo de 2011 del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria denegatorio de la solicitud efectuada por la parte recurrente de disfrutar de una licencia de quince días, tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria.

SEGUNDO.- Por su relevancia, a los fines de la resolución de la cuestión planteada transcribimos, en su integridad, el contenido objetivo del Acuerdo impugnado, del modo siguiente:

"Primero.- La resolución del presente recurso obliga ante todo a tener en cuenta, tal y como destaca el ya citado Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 10 de mayo de 2011, que el supuesto que se plantea de posibilidad de disfrute de licencia por razón de matrimonio en virtud de la inscripción en el Registro autonómico de Parejas de Hecho no se encuentra comprendido en la normativa orgánica judicial.

Sin embargo, este silencio normativo específico ha merecido dos respuestas diferentes por dos Comisiones de este Consejo.

De una parte, la Comisión Permanente considera en el citado Acuerdo que la referida licencia no es posible por esa falta de previsión normativa y por no ser aplicables en sentido extensivo a tal fin los preceptos que tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en el Reglamento de la Carrera Judicial desarrollan las licencias por razón de matrimonio.

De otra parte, frente a ese parecer, la Comisión de Igualdad del CGPJ, que conforme dispone el art. 136 bis de la LOPJ asesora al Pleno sobre las medidas necesarias o convenientes para integrar activamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de las atribuciones del CGPJ Judicial y tiene reconocido como uno de sus objetivos prioritarios, "profundizar en las medidas de conciliación vida profesional-familiar de la carrera judicial", tras reconocer que [el art. 217.1 del Reglamento de la Carrera Judicial de 28 de abril de 2011 \(precepto en el que se reconoce que los jueces y Magistrados tendrán derecho a una licencia de 15 días hábiles por razón de matrimonio que podrá disfrutarse en días anteriores o posteriores a su celebración, indistintamente\)](#), [no regula de manera expresa las parejas de hecho](#) a los efectos de esta licencia, concluye que debe entenderse igualmente aplicable a las parejas de hecho cuando acrediten la inscripción en el Registro Administrativo correspondiente, y conforme a la normativa vigente que regule tal situación.

Para ello se apoya en el art. 17 de la Ley 1/2005, de la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el que, con relación al empleo público se dispone que:

"En todo lo relativo a permisos, licencias, provisión de puestos de trabajo, situaciones administrativas, ayudas de acción social y demás condiciones de trabajo en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y en lo referente al personal al servicio de la misma, se entenderá equiparada la pareja de hecho inscrita al matrimonio y las personas convivientes a los cónyuges " y en el que el vigente Reglamento de la Carrera Judicial sí reconoce derechos a las uniones de hecho en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, concretamente en los art.:

A.- **85 c)** relativo a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijo o menor acogido del cónyuge o de la pareja de hecho;

B.- **181 e)** que regula la excedencia voluntaria de duración no superior a 3 años, para atender al cuidado de su cónyuge, pareja de hecho o de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad;

C.- **182** que regula el trámite en los anteriores supuestos.

Lo anterior indica, a juicio de la Comisión de Igualdad, la voluntad del CGPJ de equiparar las parejas de hecho a la matrimonial en determinados supuestos en que sea necesario por motivos de conciliación y salvaguarda del principio de igualdad.

Segundo.- Frente a lo anterior, el criterio de la Comisión Permanente es obvio que se ha ajustado perfectamente a las previsiones normativas vigentes, al entender que el disfrute de licencia por razón de matrimonio solicitada en virtud de la inscripción en el Registro autonómico de Parejas de Hecho no se encuentra comprendido en la normativa orgánica judicial, ni tampoco resultan aplicables en sentido extensivo a tal fin los preceptos que, tanto en la Ley Orgánica del Poder

Judicial como en el Reglamento de la Carrera Judicial desarrollan las licencias por razón de matrimonio.

Planteada así la cuestión, hay que acudir a la ya muy consolidada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

En efecto, el Tribunal Constitucional, ya en la sentencia núm. 184/1990 (Pleno), destacó, recogiendo lo que sostuvo en ATC 156/1987 que *"este Tribunal ha declarado ya que ""el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida"" (F.J.3.º)*

Lo mismo se reitera en la STC de 222/1992: *"Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos ""realidades equivalentes"" es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina, de general aplicación, en la STC 184/1990 (fundamento jurídico 3.º), apreciación que ha habido ocasión de repetir con posterioridad [STC 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas de 1991, así como STC 29/1992 " (F.J.5.º).*

De esta doctrina del Tribunal Constitucional cabe obtener ya una primera conclusión:

Las uniones de hecho y el matrimonio son realidades diferentes, por lo que no es posible una traslación automática a la primera realidad de todo el complejo normativo referido al matrimonio, por lo que no cabe apreciar lesión a la igualdad en la denegación de la licencia solicitada.

Otra consecuencia relevante a los intereses de esta resolución es que entre ambas realidades ***tampoco existe identidad de razón al objeto de justificar una posible aplicación analógica de la regulación de la licencia de 15 días por matrimonio para concedérsela al miembro de una pareja de hecho.***

Es la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) la que ha establecido de manera constante esa ausencia de analogía entre ambas realidades.

La STS, Sala 1.ª, de 17 de enero de 2003 (Recurso:1270/1998), Ponente Xavier O´Callaghan Muñoz, no acepta la igualdad o asimilación (de la pareja de hecho al matrimonio) sino que se limita a aplicar ciertas normas protectoras a favor de la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia a fin de evitar el perjuicio injusto para el más débil, con cita de las sentencias de 10 de marzo de 1998 y 27 de marzo de 2001.

Muy importante es la STS del 12 de septiembre del 2005, del Pleno de la Sala 1.ª, (Recurso 980/2002), Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, en la que se dice:

"Es ahora el momento de traer a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre el tema que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003, cuando dice que las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos.

La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos (...), es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia.

Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio".

La STS, Sala 1.ª, de 19 de octubre de 2006 (Recurso 4985/1999), Ponente, Ignacio Sierra Gil de La Cuesta, reitera esta doctrina añadiendo que:

"Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia "more uxorio" el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por "analogía legis" de las normas propias del matrimonio".

Finalmente, la STS, Sala 1.ª, de 16 de junio de 2011 (Recurso 10/2008), Ponente Encarnación Roca Trías, confirma que no se pueden asimilar las parejas de hecho al matrimonio, por lo que excluye la aplicación de la analogía para integrar las correspondientes lagunas normativas. Dice esta sentencia en el fundamento de derecho Vº:

"El Art. 4.1 CC establece un sistema para integrar las lagunas que presenta un texto legal, sistema que se basa en un argumento de probabilidad que tiene su fundamento en una razón de semejanza, no de igualdad, de modo que dada una norma que predica una determinada calificación normativa de un objeto, se debe extraer el significado, que comprenda también aquellos sujetos que no están estrecha ni literalmente incluidos, pero presentan con los previstos una semejanza, asumida como relevante en orden a la identidad de las situaciones.

La regla del art. 4.1 CC es por tanto, instrumental, por lo que debe citarse como infringida acompañada de la norma que debería haberse aplicado dada la semejanza entre las situaciones, regulada y no regulada. Y aquí solo se cita como infringido el art. 1.1 CC, que establece las fuentes del ordenamiento jurídico, pero no se aporta la disposición concreta que, a juicio del recurrente debería haberse aplicado.

La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. *La más reciente decisión corresponde a la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 febrero 2011, en el asunto Korosidou vs Grecia, resuelto por la sección primera del citado Tribunal.*

En esta sentencia se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento:

"las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil -en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común.

Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partners civiles (Burden precitado §65).[...]"

Esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía.

La STS 611/2005, de 12 septiembre, del pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho *"[...] aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003, cuando dice que las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos -constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos.*

La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción".

Los argumentos se fundamentan asimismo en la doctrina del TC, que se cita en la sentencia y se omite aquí para mayor claridad en la redacción".

De todo lo que se ha expuesto se desprende, como conclusión, que la falta de previsión en la LOPJ y en el RCJ de este tipo de licencia para los integrantes de las uniones de hecho, junto con su previsión solo para el caso de matrimonio (art. 373.1 de la LOPJ), no permite conceder esta licencia a los primeros y que no se puede conceder tampoco por la aplicación analógica del régimen legal establecido para el caso de matrimonio, pues para ello debería existir una situación de análoga significación que la jurisprudencia constitucional y civil ha rechazado de manera constante. Ante ello, la única conclusión ajustada a derecho es la desestimación del recurso".

El Acuerdo impugnado venía acompañado del Voto particular de cuatro vocales que patrocinaban la estimación del recurso de alzada y, en consecuencia, tras la anulación de la Resolución inicialmente impugnada, el reconocimiento del derecho a licencia de quince días por inscripción en el Registro de Parejas de Hecho.

TERCERO.- La parte recurrente pretende que se dicte sentencia por la que se estime el recurso contencioso administrativo, se declare nula la Resolución impugnada y se condene a dictar otra en su lugar que recoja el derecho a disfrutar de una licencia de quince días por haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria.

Explica que la otra persona que forma la pareja es funcionario de Justicia del Gobierno de Cantabria y a él le ha sido concedida la licencia de quince días.

Que al interponer el recurso de alzada la Comisión Permanente del CGPJ recabó informe de la Comisión de Igualdad que lo emitió en el sentido de que "la voluntad del CGPJ debe ser la de equiparar las parejas de hecho a las matrimoniales en los supuestos de que esto sea necesario por motivos de conciliación y salvaguarda del principio de igualdad".

A pesar del informe, el Pleno desestimó el recurso haciendo suya la teoría de la no equiparación del matrimonio y las parejas "more uxorio" basada en sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La tesis de la recurrente se funda en la necesidad de aplicar extensivamente los artículos 373 de la LOPJ y 217 del Reglamento de la Carrera Judicial a fin de asimilar licencia por matrimonio a licencia por inscripción en Registro de Uniones de Hecho "tal y como realizan numerosas leyes estatales y autonómicas, tanto de índole administrativa como civil e incluso penal.

En concreto, todas las leyes reguladoras de las uniones de hecho de todas las Comunidades Autónomas conceden a los empleados públicos el derecho a disfrutar de dicha licencia en igualdad de condiciones que si se tratara de una licencia por matrimonio.

Así sucede en la Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho y el Decreto 55/2006, de 18 de mayo, modificado por el de Decreto 84/2008, que la desarrolla.

Lo mismo sucede con el Reglamento que regula en Cantabria la función pública en general y el que regula a los funcionarios de Justicia."

La interpretación extensiva que propugna se funda en la necesidad de evitar una clara situación de discriminación que el art. 14 de la CE prohíbe por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición.

Además, el art. 39.1 de la CE establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el art. 9.2 se atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

A partir de aquí, la parte recurrente analiza los art. 14, 51, 56 y 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo en cuanto a los criterios generales que deben seguir en su actuación las

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041

Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: info@padresdivorciados.es

Administraciones Públicas a fin de lograr la efectividad del derecho de igualdad entre mujeres y hombres así como el desarrollo de los derechos vinculados a la conciliación de la vida personal familiar y laboral cuya finalidad es la de avanzar en la corresponsabilidad.

Cita también la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y afirma que ningún perjuicio se produce al servicio público por el hecho de su reconocimiento.

Concluye asumiendo los razonamientos de los cuatro Vocales del CGPJ que emitieron Voto particular al acuerdo impugnado.

El Abogado del Estado en su escrito de contestación solicita la desestimación del recurso al entender que carece de apoyo legal. Considera que la Ley de Igualdad no incide sobre la relación matrimonial pues la igualdad entre hombres y mujeres nada tiene que ver con el establecimiento de los modos de convivencia dentro o fuera del matrimonio.

Tampoco advierte infracción de los arts 14, 39.1 ni del 9.2 de la CE, preceptos que no se proyectan sobre el matrimonio.

Y, por último la exigencia de conciliación de la vida laboral y familiar no demanda la equiparación entre unión de hecho y matrimonio que pretende la recurrente.

CUARTO.- Expuestas las tesis de ambas partes, partimos del hecho incontrovertido de que ni la LOPJ en su art. 373 ni el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, en la redacción del artículo 223, contemplan la concesión de licencia de 15 días a las parejas de hecho de forma equivalente a lo que se reconoce para el matrimonio y frente a la tesis mantenida por la parte recurrente sobre posible aplicación extensiva de esos preceptos para reconocer tal situación, procede subrayar que extender una norma legal a casos no previstos en la misma exigiría, por su propia naturaleza, una regulación que sólo al legislador corresponde, máxime cuando la aplicación analógica entre matrimonio y parejas de hecho ha sido negada en la S.T.E.D.H. de 10 de febrero de 2011 (asunto Korosidou versus Grecia).

También la jurisprudencia constitucional reconoce que a todos los efectos no son “realidades equivalentes” el matrimonio y la convivencia extramatrimonial en SSTC 184/90, 29, 30, 31, 35, 38 y 77 de 1991 y 29/92, así como en los Autos núms. 671/85, F.J. 2, 156/87, 788/87 y 1021/88 y en las providencias de 22 de mayo de 1989 (R.A. 321/89), 26 de marzo de 1990 (R.A. 31/90) y ello ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal, como reconoce el Acuerdo impugnado y la STS de 16 de junio de 2011, así como la abundante doctrina jurisprudencial que en ella se contiene.

QUINTO.- La argumentación esencial de la parte recurrente se centra en la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Es cierto que dicha Ley lo que pretende es superar la igualdad formal entre hombres y mujeres y desplegar una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

Sobre este punto, recuerda el texto legal que la violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres son objetivos para alcanzar una igualdad plena y real, sin olvidar el artículo 9-2 de la CE que otorga a los poderes públicos la misión de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que dificulten o impidan su plenitud.

Pero, en el caso examinado, la razón de decidir del Acuerdo impugnado no se basa en lo que la parte recurrente entiende un trato desigual por su condición de mujer dispensado por las normas examinadas (LOPJ y Reglamento de la carrera Judicial) sino que estas no reconocen la licencia pretendida a las parejas de hecho por entender que no son situaciones asimilables a la unión matrimonial, por lo que no puede argumentarse la ilegalidad del Acuerdo en la incidencia de la Ley Orgánica 3/2007 para denunciar un trato discriminatorio determinante de la nulidad del Acuerdo recurrido.

SEXTO.- Un segundo aspecto relevante de la argumentación de la Magistrada recurrente es que las sentencias y autos del Tribunal Constitucional que se citan en el Acuerdo recurrido para justificar la denegación de la licencia, han sido superadas en la posterior sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno n.º 222/1992, de 11 de diciembre y sostiene la inexistencia de diferenciación de los matrimonios y las parejas de convivencia "more uxorio".

El análisis de esta última sentencia, dictada a propósito de una cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 en cuanto excluía del beneficio de la subrogación "mortis causa" a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido permite constatar que lo que dice es *"Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos "realidades equivalentes" algo que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina, de general aplicación, en la STC 184/1990 (fundamento jurídico 3.º), apreciación que ha habido ocasión de repetir con posterioridad [SSTC 29, 30, 31, 35, 38 y 77, todas de 1991, así como STC 29/1992.*

Aquella resolución, con todo, no dejó prejuzgada en modo alguno, la respuesta a una cuestión que la propia STC 184/1990 calificó, en su fundamento jurídico 2.º, de "general e indeterminada" y que no es otra que la de las exigencias y límites en este punto derivados del art. 39.1 de la Constitución, observando entonces el Tribunal que de aquella no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deducía necesariamente que "toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14".

La sentencia, lo que dice es que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes, idea en la que posteriormente incide la Sala Primera de este Tribunal, como reconoce el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que ha sido recurrido, para excluir la aplicación de la analogía a la hora de colmar las lagunas que pudieran existir acudiendo a las normas propias del matrimonio, pues una cosa es que no sea equiparable la unión de hecho a la matrimonial y otra que, asentada una realidad familiar sobre una unión de hecho haya que excluir la aplicación de determinadas medidas o beneficios y, un buen ejemplo de ello es la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que ha regulado el derecho a la prestación de viudedad de las parejas de hecho. Como se dice en el Preámbulo de dicha ley, "la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles indicativos de dicha situación".

Es decir que, ante la ausencia de regulación a estos efectos, el legislador se ve compelido a concretar los requisitos que las parejas de hecho deben reunir para tener acceso a la prestación de viudedad.

SÉPTIMO.- En el caso examinado, al regular el régimen estatutario de Jueces y Magistrados, el Reglamento 2/2011 de Carrera Judicial reconoce derechos a las uniones de hecho en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, concretamente en los art. **85 c)** relativo a la excedencia voluntaria para el cuidado de un hijo, de un menor acogido, del cónyuge, pareja de hecho o un familiar, en **el 181 e)** que regula la excedencia voluntaria de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de su cónyuge, pareja de hecho o de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; y **el 182** que regula el trámite en los anteriores supuestos.

Además, **el art. 223** del citado reglamento, prevé que los jueces y magistrados tendrán derecho a permisos, licencias y reducciones de jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, debidamente adaptados a las particularidades de la carrera judicial.

En concreto, asimila la figura del cónyuge a la de persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad a efectos del permiso por fallecimiento, accidente o enfermedad grave, por cuidado de enfermedad grave al cónyuge, y, en otros casos utiliza simplemente la figura del progenitor.

En consecuencia, el Reglamento de Carrera Judicial 2/2011 incorpora medidas de conciliación de la vida familiar en las que expresamente equipara la figura del cónyuge con la de miembro de pareja de hecho, haciendo efectivo lo que la Comisión de Igualdad destaca, es decir *"que la voluntad del CGPJ debe ser la de equiparar las parejas de hecho a las matrimoniales en los supuestos en que esto sea necesario por motivos de conciliación y salvaguarda del principio de igualdad"*.

Ha de concluirse pues, que la regulación del Reglamento 2/2011 es acorde con la sentencia del Tribunal Constitucional que menciona la parte recurrente en cuanto resalta la no equivalencia entre matrimonio y unión de hecho pero equipara ambas a la hora de adoptar medidas de conciliación de la vida personal y familiar con la profesional.

OCTAVO.- También subraya la parte actora que, al otro miembro de la pareja de la Magistrada recurrente se le ha concedido la licencia de quince días como funcionario de Justicia al servicio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de dicha Comunidad y este reconocimiento se contempla en otras leyes autonómicas como la Ley 11/2001, de 19 de diciembre de la Comunidad de Madrid, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía, la 2/2003, de 7 de mayo del País Vasco y la 5/2003, de 20 de marzo de Extremadura, pero no en el ámbito estatal que carece de ley al respecto.

En todo caso, el reconocimiento de esos derechos por parte de los legisladores autonómicos en el ejercicio legítimo de sus competencias y en sus respectivos ámbitos territoriales no constituye argumento suficiente para anular, por contrario a derecho, el Acuerdo recurrido que se basa en la falta de previsión específica al respecto de la LOPJ y el Reglamento de la Carrera Judicial, que no es casual, ni responde a un olvido del legislador como entiende la recurrente pues la LOPJ ha sido modificada con motivo de la aprobación Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y asimismo, el Reglamento 2/2011 de Carrera Judicial en cuanto al régimen de licencias y permisos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de tal manera que si se hubiera querido establecer la equiparación plena a efectos del reconocimiento del derecho a la licencia de 15 días por matrimonio a las uniones de hecho lo hubiera dispuesto así, pues toda argumentación de la parte actora se centra en la posibilidad de comprender en la regulación legal aplicable un supuesto en ella no incluido.

NOVENO.- A esta conclusión no se oponen las razones apuntadas en el Voto particular formulado al Acuerdo impugnado y que la parte recurrente asume como propias, pues ya hemos visto como la Ley de Igualdad no puede fundar en este caso la denuncia de infracción del art. 14 de la CE ya que el tratamiento desigual se ampara en la no equiparación del matrimonio y la pareja de hecho y tampoco queda afectado el derecho a la conciliación a la vida personal y familiar pues ésta se contempla en el Reglamento 2/2011 de la carrera judicial en los ámbitos que pretenden proteger esta modalidad de convivencia sin presentar el carácter residual al que alude la demanda. En suma, no es posible la interpretación extensiva que se pretende por no existir, conforme a la jurisprudencia, analogía entre matrimonio y pareja de hecho y, por último, la no afectación al servicio tampoco constituye un elemento determinante porque de lo que se trata es si se tiene derecho o no a la licencia solicitada que carece de cobertura normativa en la actualidad.

Finalmente, concluimos reconociendo que el Acuerdo impugnado no está viciado de nulidad absoluta como aduce la parte recurrente, con fundamento en el artículo 62 de la Ley 30/92, modificado por la Ley 4/99, en primer lugar, por el carácter restrictivo y excepcional de la referida nulidad y en segundo lugar, por no estar incurso en ninguna causa tasada de las previstas en el referido artículo, por lo que procede confirmar su adecuación al ordenamiento jurídico.

DÉCIMO.- Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del recurso. Conforme a lo establecido por el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se hace imposición de costas.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo número 2/836/2011, interpuesto en su propio nombre y representación por la Ilma. Sra. D.^a Esther, contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 28 de septiembre de 2011, desestimatorio del recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución de 20 de mayo de 2011 del Excmo Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria denegatorio de la solicitud de la parte recurrente sobre denegación de licencia de quince días tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria, sin efectuar expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO Nicolas Maurandi Guillen A LA SENTENCIA DICTADA EN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 836/2011.

Discrepo de la sentencia mayoritaria porque creo que el recurso contencioso-administrativo ha debido ser estimado, con anulación de la actuación administrativa impugnada y reconocimiento a la demandante del derecho a la licencia de 15 días que solicitó en razón de haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad de Cantabria.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

1.- La especial vivencia de la libertad personal que caracteriza a los tiempos actuales ha hecho que el matrimonio sea un modelo de convivencia de pareja que resulta insatisfactorio para una elevada porción de la población, y ha determinado que el ordenamiento jurídico haya regulado las "uniones de hecho" o "parejas de hecho" como una verdadera institución que sirva de cauce o respuesta jurídica a quienes, sin aceptar el tradicional modelo matrimonial, no quieren renunciar a una vida estable de pareja definida según su libertad.

Un ejemplo significativo de lo anterior es la regulación de la denominada "pareja estable" en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Título III, Capítulo IV, art. 234.1 a 234.14), que es definida como una "comunidad de vida análoga a la matrimonial" (art. 234.1) y sometida a un régimen cuya norma principal es esta:

" Las relaciones de pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes mientras dura la convivencia" (art. 234.3).

Otro ejemplo lo es la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, aplicable a la recurrente y a la que más adelante se hará referencia de manera más particularizada.

2.- En ambos modelos jurídicos de convivencia o vida de pareja [el matrimonio y la "unión de hecho"] son de diferenciar dos planos jurídicos:

- (I) el de los efectos civiles que se producen entre los integrantes de la pareja; y
- (II) el de los efectos que el matrimonio o la "unión de hecho" produce frente a terceros, bien sean particulares o poderes públicos.

En ese primer plano es obvio que el matrimonio y la "unión de hecho" no pueden ser equiparados porque, como se viene diciendo, este segundo modelo de vida de pareja está destinado precisamente a evitar las obligaciones personales que derivan de la institución matrimonial y a posibilitar que sean los interesados quienes libremente definan los términos de su relación personal.

Sin embargo, en el segundo plano no hay razones que justifiquen un trato jurídico diferenciado y en el ordenamiento jurídico hay reiteradas muestras de la equiparación del matrimonio con análogas relaciones de afectividad (la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley General de Seguridad Social y algunas normas reguladoras de la función pública son los ejemplos más significativos).

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: info@padresdivorciados.es

3.- La licencia aquí controvertida, esto es, la licencia por razón de matrimonio regulada en el artículo 373.1 de la LOPJ, merece ser valorada como una medida destinada a conciliar la vida personal y profesional, pues su finalidad es ofrecer al beneficiario de la misma un tiempo para dedicarlo a los preparativos que requiere un cambio en la vida personal tan trascendente como lo es el inicio de una convivencia estable de pareja.

4.- Cuando el ordenamiento jurídico regula simultáneamente el matrimonio y las hoy denominadas "uniones de hecho" (uniones "more uxorio"), como alternativas igualmente válidas ante el Derecho a las que se puede optar en virtud de la libertad personal, establecer una desigualdad de trato para esa licencia de que aquí se trata en función de que la convivencia sea o no matrimonial significa, a mi entender, no sólo penalizar la libertad personal (valor superior del ordenamiento jurídico, según dispone el art. 1 CE), sino también vulnerar el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE).

5.- El silencio del antes mencionado art. 373.1 LOPJ no puede ser considerado un obstáculo porque, valorado dentro del esquema de los concretos principios constitucionales a que acaba de hacerse referencia, más que evidenciar una voluntad del legislador contraria a equiparar en materia de licencias al matrimonio y las "uniones de hecho" legalmente reguladas, lo que revela es una laguna que ha de ser colmada mediante el mecanismo analógico previsto en el art. 4.1 del Código civil.

Se trata de una laguna cuya existencia tiene una fácil explicación: en el año 1985 de aprobación de la LOPJ el matrimonio era el único modelo de convivencia de pareja con efectos civiles reconocido por el ordenamiento jurídico, mientras que en la actualidad son varios los ordenamientos autonómicos que han regulado las denominadas "uniones de hecho" o "parejas de hecho" como verdaderas instituciones, alternativas al matrimonio, que permiten a quienes se acogen a ellas convenir un modelo de convivencia o vida de pareja con un alcance, en cuanto a derechos y obligaciones personales, distinto del legalmente establecido para la institución matrimonial y básicamente definido por la voluntad de los interesados.

Pero es que, de no aceptarse la existencia de esa laguna, ante lo que se estaría es ante una norma posiblemente inconstitucional, por injustificadamente discriminatoria, que impondría plantear la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional; planteamiento que considero innecesario porque la interpretación más favorable a la Constitución, siempre obligada en toda norma, conduce antes a apreciar un "olvido" del legislador en esta materia, que su voluntad expresa de establecer un régimen distinto de licencias para los matrimonios y las "uniones de hecho" legalmente reguladas.

6.- En el concreto caso enjuiciado en el actual proceso jurisdiccional debe señalarse muy especialmente que a la demandante, como consecuencia de la inscripción de su unión, le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que establece:

"A efectos de toda normativa de derecho Público de Cantabria, las parejas de hecho inscritas en el Registro regulado en la presente Ley gozarán de los mismos beneficios, derechos y obligaciones del matrimonio".

Lo cual significa que, en el ejercicio de su libertad (art.1 CE), ha optado por organizar su vida personal con un modelo de convivencia, denominado "Pareja de Hecho", que es regulado en esa ley autonómica de su residencia que acaba de mencionarse como una institución ciertamente alternativa al matrimonio y diferente en cuanto a sus efectos civiles, pero que está equiparada al mismo en cuanto a sus efectos jurídico-administrativos. Y no hay razones de peso que justifiquen aplicar en esta materia a la demandante una solución distinta a la que está prevista para otros empleados públicos residentes en Cantabria.

7.- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal Constitucional (TC) y la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS) que se invocan en la sentencia mayoritaria para apoyar su solución contraria a la pretensión de la demandante no contienen una doctrina que sea válida a dichos efectos.

Así lo considero porque unas se refieren a situaciones de convivencia puramente fáctica no regulada por el ordenamiento jurídico y otras lo que rechazan es la equiparación en cuanto a ese primer plano de los efectos civiles que antes se ha diferenciado.

La sentencia de 10 de febrero de 2011 del TEDH (asunto Korosidou) está referida a un caso de simple convivencia de hecho, llevada a cabo al margen de cualquier regulación legal, sin ninguna solicitud previa de su reconocimiento ante cualquier clase de organismo público y no mediando tampoco ningún pacto en el que los interesados hubieran asumido compromisos o definido los términos de su relación.

Las sentencias de 12 de septiembre de 2005, 19 de octubre de 2006 y 16 de junio de 2011 de la Sala Primera del Tribunal Supremo recayeron en litigios cuya discusión giraba sobre los efectos civiles que la unión de hecho había o no de producir entre los interesados.

La STC núm. 184/1990 no está referida, como sucede en el caso del actual litigio, a una unión de hecho regulada legalmente e inscrita en el registro previsto en esa regulación legal.

Y, en fin, la STC núm. 222/1992, de 11 de diciembre, lo que aporta precisamente es un apoyo para la equiparación de los matrimonios y uniones de hecho en aspectos distintos al de los efectos civiles entre los interesados.

Esta sentencia aborda la cuestión de la subrogación ante el arrendador de la vivienda ocupada por quienes hayan convivido "more uxorio" con el arrendatario inicial, y declara inconstitucional, en su fallo, el artículo 58.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 " *en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación "mortis causa a quien hubiera vivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido"*.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, en audiencia pública, celebrada en el mismo día de su fecha, lo que Certifico. Rubricado.