



Roj: **STS 3218/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3218**

Id Cendoj: **28079140012023100460**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2023**

Nº de Recurso: **3532/2019**

Nº de Resolución: **494/2023**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3532/2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza Golvano

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 494/2023**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol

D. Ángel Blasco Pellicer

D.<sup>a</sup> María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 11 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D.<sup>a</sup> Custodia representada y asistida por el letrado D. Pedro Castilla Vidal contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 932/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz, en autos nº 444/2018, seguidos a instancias de D.<sup>a</sup> Custodia contra Intec-Air S.L. sobre derechos.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida la empresa Intec-Air S.L. representada y asistida por el letrado D. Nicolás Clark Barragán.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Rosa María Virolés Piñol.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de julio de 2018, el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo en parte la demanda de Custodia contra Intec-Air SL y Mº Fiscal. Se declara el derecho de la demandante al permiso del art 37.4. ET; SE condena a la empresa a una indemnización de daños y perjuicios, por cada día en que no accedió a la hora, de 6,23 euros; desde el 7.5.18 incluido en adelante hasta que se conceda; y de no hacerlo llegaría hasta el 10-10-2018."

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- la trabajadora demandante solicitó el permiso del art 37.4 ET; se le deniega el 5.4.18 porque el otro progenitor está desempleado.



SEGUNDO.- La empresa ha concedido este permiso a hombres y mujeres, pero si el progenitor está en desempleo se les deniega.

TERCERO.-El otro progenitor, sr Eugenio , estaba en desempleo.

CUARTO.- LA TRABAJADORA SE SACABA SU LECHE EN EL CENTRO TRABAJO EN UN ASEO den centro de trabajo..Pidió vacaciones no previstas el 7.5.18.

QUINTO.- EI HIJO CUMPLE 9 MESES EL 14.10.18; en juicio se concretan efectos desde 7.5.18 en que pidió vacaciones,

SEXTO.-La nómina de junio 2018 tiene de neto 1.493,33 euros (un concepto es objetivo alcanzado);dividido entre la media de 30 días al mes, y luego entre ocho horas por día resulta el valor de una hora: 6,23 euros.

Esos 161 días pueden suponer 1.003.03 euros."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de la empresa INTEC AIR, S.L. formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, dictó sentencia en fecha 25 de abril de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que con estimación del recurso de suplicación interpuesto por INTEC AIR, S.L. contra la sentencia de fecha 09/07/2018 dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Cádiz en virtud de demanda sobre "contrato de trabajo" formulada por D<sup>a</sup> Custodia contra INTEC AIR, S.L. debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, y con desestimación íntegra de la demanda formulada por la actora, absolvemos a la empresa INTEC AIR S.L. de las pretensiones deducidas en su contra. Una vez firme esta sentencia, devuélvase a la empresa recurrente el depósito constituido en la instancia y la consignación en la cuantía que corresponda o en su caso, cancelense los aseguramientos prestados."

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la representación letrada de D<sup>a</sup>. Custodia interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 9 de marzo de 2018, rec. suplicación 7001/2019.

**QUINTO.-** Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar que se declare la procedencia del recurso y se CASE y ANULE la sentencia del TSJ de Andalucía.

Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de enero de 2023, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. Se han observado los requisitos legales, salvo los relativos al plazo para dictar sentencia, por acumulación de asuntos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.-** Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 25 de abril de 2019 (Rec. 932/20196) que revoca íntegramente la sentencia de instancia que había estimado parcialmente la demanda interpuesta en reclamación del permiso de lactancia por una trabajadora, declarando su derecho a disfrutar de tal permiso así como a percibir una indemnización de daños y perjuicios por cada día en que la actora no disfrutó del mismo.

**2.-** Consta que la actora solicitó permiso por lactancia que le fue denegado por la empresa el 5 de abril de 2018 por estar el otro progenitor desempleado.

La Sala de suplicación, tras rechazar la aportación de documentos en fase de recurso, estima el de la empresa por entender: 1) que la sentencia de instancia incurrió en incongruencia por conceder algo no solicitado, como es una indemnización compensatoria de la denegación del permiso por lactancia; 2) que, no obstante, no procede declarar la nulidad de la sentencia impugnada, pues el fallo de instancia puede ser rectificado por la Sala de suplicación; 3) que, por razones de coherencia con sentencias anteriores, no procede reconocer el permiso de lactancia a la trabajadora cuando el otro progenitor no trabaja, y ello por cuanto conforme a jurisprudencia comunitaria ( STJCE 30-09-2010), el permiso por lactancia no tiene como finalidad alimentar al menor, sino conciliar la vida familiar y laboral y la protección del menor, siendo protegible la situación cuando ambos progenitores trabajan, y como en el presente supuesto el padre no trabaja, no procede reconocer el derecho a la actora.

**SEGUNDO.- 1.-** Recurre la demandante en casación unificadora denunciando infracción del art. 37.4 del ET y seleccionando de contraste, a requerimiento de la Sala, la sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2018 (Rec. 7001/2017), que confirma la sentencia de instancia que



estimó la demanda del actor y declaró la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta discriminatoria consistente en la denegación del permiso de lactancia del actor, condenando la empresa a reconocer el disfrute al mismo del permiso retribuido de 18 días laborables.

En la referida sentencia de contraste, el actor prestaba servicios para la empresa Acciona Facilities Services desde 2007 y categoría de especialista. El actor solicitó el 19 de mayo de 2017 el disfrute del permiso por acumulación de horas de lactancia a partir del 16 de junio de 2017. La empresa por un mail de 23 de mayo de 2017 le reconoce el permiso comunicándole que el cálculo para el disfrute de la lactancia se realizaría a partir de la finalización del permiso de paternidad, que se produciría el 15 de junio de 2017. Posteriormente, el 20 de junio de 2017, la empresa denegó el permiso citando una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

La Sala, interpretando el artículo 37.4 ET razona que la redacción de la norma introducida en 2012 supone un cambio en la interpretación del derecho, y que, a los efectos de su reconocimiento, carece de interés la situación en que se encuentre el otro progenitor.

**2.-** El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [ sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)].

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [ sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud. 1201/2015)].

**3.-** Entre las sentencias comparadas ha de estimarse que existe la contradicción exigida por el art. 219 LRJS, por cuanto, ante la cuestión de la concesión o no del permiso de lactancia conforme a lo establecido en el artículo 37.4 ET, cuando uno de los progenitores no trabaja, se alcanzan soluciones contrapuestas. En la sentencia de contraste se otorga el derecho al actor y se declara que, en orden a su concesión, carece de interés la situación en que se encuentre el otro progenitor. La recurrida, en cambio, concluye que si el padre no trabaja, no procede el reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado, no siendo discriminatoria la denegación.

**4.-** El recurso es impugnado por la empresa recurrida, que interesa su desestimación y la confirmación de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que interesa la estimación del recurso, estimando que la doctrina correcta se contiene en la sentencia designada de contraste.

**TERCERO.- 1.-** Por la recurrente se articula un motivo único de censura jurídica en el que denuncia la vulneración del art. 37.4 ET, en relación con el art. 3.1 del Código Civil respecto a la interpretación literal de la norma, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en el que se ha dictado la norma, por excluir del disfrute del derecho a la madre progenitora, en el presente caso, porque el otro progenitor se hallaba desempleado. Cita en esta línea la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez) que señala, amplió el supuesto interpretativo de la norma nacional.

Se discute sobre el derecho de la madre a disfrutar del permiso por lactancia, teniendo en cuenta que el padre se encuentra en situación de desempleo, y que los hechos litigiosos ocurren a mitad del año 2018.

**2.-** Nuestra reciente sentencia TS/IV de 12 de julio de 2022 (rcud. 1367/2019) recopila las diversas versiones que ha tenido el art. 37.4 del ET, que reiteramos aquí, sin que a ello obste que en el caso examinado en esta sentencia es el padre quien solicita la prestación, y la madre no presta servicios laborales, mientras que en el presente caso es la madre que solicita la prestación de lactancia que le es negada por cuanto el padre se encuentra en situación de desempleo. Señala dicha sentencia:

**<< Estatuto de los Trabajadores de 1980.**



A) La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores ya recogía en su artículo 37.4 la institución que nos ocupa. Conforme a esa versión inicial, no cabe duda de que solo las mujeres que trabajasen podían invocar el derecho de referencia:

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad.

B) La STC 109/1983 de 25 marzo descartó la existencia de discriminación alguna, teniendo en cuenta que la mujer pertenece a un grupo especialmente desfavorecido, por lo que, se debían adoptar medidas que aseguraran la igualdad efectiva de trabajo y de oportunidades: "La justificación de que el permiso cuestionado se otorgase a la madre trabajadora sin mencionar al padre ni siquiera tiene su origen en la diferencia de sexo, pues halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre".

#### **(...) Redacción tras la Ley 3/1989.**

Mediante Ley 3/1989, de 3 de marzo, se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. En ese contexto, el artículo 37.4 ET introduce una importante innovación en el tema que nos ocupa, al admitir que también el varón puede disfrutar de este permiso, aunque solo en el caso de que también trabaje la madre. Recordemos su tenor:

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen.

#### **(...) Redacción tras la Ley 39/1999, de 5 noviembre.**

A) Operando ya sobre el texto refundido de 1995, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo un matiz que mejoraba la regulación precedente, al clarificar que la reducción del tiempo de trabajo no operaba sobre la jornada "normal" sino sobre la propia de la mujer trabajadora, sin alterar el tema de la titularidad. Recordemos su tenor:

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

B) Respecto de esta norma, nuestra STS 7 abril 2005 (rcud. 430/2004) no pudo examinar la reclamación de un trabajador, por falta de contradicción entre las sentencias comparadas, al tomar una de ellas en cuenta lo previsto por el convenio colectivo aplicable: "no existe discrepancia doctrinal entre las sentencias comparadas en torno al art. 37.4 ET, puesto que ambas sostienen que dicho precepto solo reconoce al trabajador el derecho al permiso si también su mujer trabaja y lo hace por cuenta ajena" y "la divergencia de sus soluciones obedece exclusivamente a que en la recurrida se planteó la denuncia del precepto convencional, que ni fue alegado en la referencial ni ésta podía examinarlo dada la cognición limitada a las denuncias formuladas".

C) La STS 20 junio 2005 (rec. 83/2004, *Aldeasa*) admite la validez del convenio colectivo que permite acumular las horas y disfrutarlas como un permiso por jornadas completas si el titular del derecho considera que, "como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 ET".

D) Especial relevancia posee la STJUE de 30 septiembre 2010 (C-104/09) *Roca Álvarez*, considerando opuesta al Derecho Comunitario "una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena".

#### **(...) Redacción tras la Ley Orgánica 3/2007.**

A) La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), reordenó la institución de manera importante: contempla el supuesto de parto múltiple y admite el disfrute acumulado



del permiso. Respecto de la titularidad, mantiene la opción de que cualquiera de los progenitores disfrute del permiso si ambos trabajan:

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen."

B) Nuestra STS 11 noviembre 2009 (rec. 133/2008; *ANGED*) precisa que la duración del permiso se aumenta de forma directa por el nuevo precepto cuando establece que el indicado permiso se incrementará proporcionalmente en caso de parto múltiple. Pero ese incremento no se aplica a la acumulación, que ni siquiera es necesaria en el esquema legal, pues el precepto se limita a indicar que "la mujer, por su voluntad" puede acumular el permiso "en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo establecido en aquélla".

### **(...) Redacción tras las reformas de 2012.**

A) Tanto el RDL 3/2012 cuanto la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introdujeron alguna medida sobre conciliación de la vida familiar y laboral. Fruto de ello es la mayor complejidad aportada al precepto que examinamos: desvincula el permiso del nacimiento biológico (abarca adopción o acogimiento) y refuerza el carácter indistinto de la titularidad. Veamos su redacción:

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

B) Nuestra STS 419/2018 de 19 abril (rcud. 1286/2016) explica que existe derecho a la acumulación en jornadas completas del permiso de lactancia cuando el convenio colectivo lo disponga, siendo determinada dicha acumulación en atención a las horas de ausencia, salvo mejora establecida en el propio convenio o acuerdo con el empresario. El legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión "acumularlo", en clara referencia al derecho y no dice "acumularla" en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional.

C) Nuestra STS 224/2020 de 10 marzo (rec. 224/2020; *CLHS.A.*), examinando la validez de una práctica empresarial que impide disfrutar del permiso hasta que transcurran 16 semanas desde el nacimiento, ha expuesto que las condiciones legalmente exigidas no pueden aumentarse.

### **(...) Redacción tras el RDL 3/2019.**

Operando ya sobre el vigente texto refundido de 2015, el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación introdujo nuevos cambios. Ahora sí aparecen importantes novedades respecto de la titularidad del permiso: constituye un derecho individual y solo si los dos progenitores (o equivalentes) trabajan en la misma empresa puede restringirse el disfrute simultáneo. Examinemos con atención su tenor:

En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.



Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, la dirección empresarial podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito.

Cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses. >>

2.- Se señala asimismo en la referida sentencia, como doctrina relevante:

**<< (...) Jurisprudencia eurocomunitaria.**

Aunque con el pie forzado de interpretar normas sobre el permiso parental ( Directiva 96/34/CE) o las genéricas sobre el principio de igualdad de oportunidades en el empleo ( Directiva 2006/54/CE), alguna sentencia ha sentado premisas relevantes para la cuestión que ahora nos ocupa.

A) La ya citada STJUE de 30 septiembre 2010 (C-104/09), *Roca Álvarez*, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia concluyó considerando contraria al Derecho de la UE la Ley española con arreglo a la cual las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades (es de lactancia pero se asemeja al parental), durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

La cuestión prejudicial nace al hilo de un litigio al que le resulta aplicable la versión del art. 37.4 ET procedente de la Ley 39/1999, aunque la STJUE da cuenta del cambio posterior operado mediante LO 3/2007. En todo caso, ambas compartían el inciso conforme al cual "Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen"

Pese a ello, es muy relevante tomar en cuenta un par de consideraciones realizadas por el Tribunal de Luxemburgo: 1ª) Que sólo la madre asalariada sea titular del derecho, que no el padre, ayuda a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. 2ª) Denegar el disfrute del permiso a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que si la madre es autónoma se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño.

B) La STJUE 19 septiembre 2013 (C-5/12, *Marc Betriu Montull*), resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida respecto de prestación por maternidad. Concluye que el Derecho de la UE (Directivas 92/85/CEE y 76/207/CEE) es compatible con que el (trabajador) padre de un menor carezca del derecho a la suspensión de referencia si su esposa no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de Seguridad Social.

También subraya que el Derecho de la UE no se opone a que la madre de un menor que tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena decida que el padre del menor, que tiene idéntica condición, disfrute de todo o parte del permiso de maternidad en relación con el período posterior al período de descanso obligatorio.

C) En el mismo sentido, la STJUE 16 julio 2015 (C-222-14, *Konstantinos Maistrellis*) concluye que el Derecho de la UE se opone a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

El hecho de que se prive al padre de la posibilidad de acogerse a un permiso parental como consecuencia de la situación laboral de la esposa no constituye en modo alguno una medida que tenga por objeto promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

**(...) Jurisprudencia constitucional.**



A) La STC 75/2011, de 19 mayo (Pleno) aunque respecto del permiso por maternidad y la diferencia de trato entre hombres y mujeres a efectos de la titularidad del derecho (la madre podía ceder al padre una parte sólo en caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre trabajador cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena) considera que la atribución en su integridad a la mujer trabajadora no es discriminatoria para el varón al tratarse el embarazo y el parto de una realidad biológica diferencial objeto de protección. Asimismo, añade:

Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda atribuir en este supuesto al padre trabajador, si lo estima oportuno (como en efecto lo ha hecho, según hemos visto, mediante la reforma introducida en el art. 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares), el derecho a la suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto (si es trabajador por cuenta ajena) y al correspondiente subsidio por maternidad (compatible además con la prestación por paternidad creada por la misma Ley Orgánica 3/2007, como también se dijo), y sin que ello signifique que la opción legislativa precedente, vigente a la fecha de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, que no contemplaba la atribución de este derecho al padre trabajador, sea por ello inconstitucional (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; y 184/1990, FJ 3).

B) En su Auto 14/2016 de 19 enero el Pleno del Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 34 de Madrid, en relación con la coetánea regulación del EBEP sobre lactancia (art. 48.f), similar a la del ET ("Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen") pues de ella se deducía que todos "los funcionarios", sean de sexo masculino o femenino, tienen igual derecho al permiso de lactancia, siempre con la condición de "que ambos trabajen", pero que, por otro, solo la mujer funcionaria, y no el hombre, puede disfrutar de este permiso en jornadas completas. Recordemos su pasaje central:

Puede compartirse que, como razona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia asunto *Roca Álvarez* de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/2009), si el permiso de lactancia, tal como lo regula el derecho español, puede ser solicitado y disfrutado por la madre o el padre indistintamente, entonces su objetivo y razón de ser no puede estar en la atención a la salud de la madre o en el hecho del amamantamiento, sino en establecer un "tiempo de cuidado en favor del hijo y... una medida conciliadora de la vida familiar y laboral" (Sentencia *Roca Álvarez* antes citada, apartado 28). De esta doctrina ya se ha hecho eco este Tribunal, en la igualmente aludida STC 75/2011, FJ 7. Ahora bien, en la medida en que el art. 48 f) LEEP, aquí cuestionado, niega el permiso de lactancia por igual al padre o a la madre cuando el otro progenitor no trabaja, no puede apreciarse en él indicio de discriminación alguna.

### 3. Doctrina de la Sala.

Especial interés para la resolución de nuestro caso posee la STS 224/2020 de 10 marzo (rec. 224/2020; CLHS.A.), examinando la validez de una práctica empresarial que impide disfrutar del permiso hasta que transcurran 16 semanas desde el nacimiento, lo que impide que los trabajadores varones puedan acogerse a tal posibilidad al finalizar su baja por paternidad.

Tras precisar que el conflicto se suscita con anterioridad a la entrada en vigor del actual marco normativo en esta materia, sensiblemente modificado por el RDL 6/2019. El desglose de su fundamentación jurídica aboca a los siguientes resultados.

1º) El permiso está desconectado de la suspensión por maternidad.

Estamos ante un permiso retribuido que, lógicamente, implica la efectiva prestación de servicios y que, en suma, supone que el contrato de trabajo no se encuentra suspendido. El derecho al disfrute del permiso no se halla en modo alguno condicionado a que la persona trabajadora haya estado en situación de suspensión del contrato de trabajo por razón de la circunstancia relacionada con el nacimiento del mismo lactante.

2º) Los requisitos para el disfrute del permiso por lactancia están legalmente tasados, sin que proceda su interpretación expansiva.

Los requisitos para que el derecho nazca se cifan a: a) la edad del menor (menor de 9 meses, según el mínimo legal, y de un año en la mejora que introduce el convenio), la cual determina, por consiguiente, la fecha final de la posibilidad de ejercicio del derecho; y b) el vínculo entre la persona trabajadora y el lactante, el cual, con independencia del sexo de la primera, se concreta en filiación -natural (nacimiento) o adoptiva-, la guarda con fines de adopción y el acogimiento.

3º) Es contraria a Derecho la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en la Ley:



Por consiguiente, cumplidos tales requisitos, no puede justificarse la pretensión de la empresa de que, además, de tratarse de un trabajador varón el disfrute del derecho se posponga hasta la fecha en que se haya completado el periodo de suspensión de dieciséis semanas, pues con ello se introduce una condición no prevista por la norma legal que, además, acorta indudablemente el periodo de disfrute del permiso al retrasar su inicio.

4º) El derecho al permiso por lactancia que disfruta el padre no puede verse afectado por la situación de la madre:

Además, en el texto aplicable del art. 37.4 ET, el derecho al permiso por lactancia, cuya titularidad era individual, estaba no obstante limitado a uno sólo de los progenitores. Ello suponía que, de disfrutarlo la madre -que, en buena lógica habría usado también la suspensión de su contrato- el padre carecería del mismo; mas, en caso de que la madre no lo utilizara, el padre podía ejercer el derecho, con obvia intranscendencia de cuál fuera la situación de aquélla.

5º) La finalidad del permiso por lactancia conduce a la irrelevancia jurídica de cuál sea el sexo de quien lo disfruta:

El permiso de lactancia controvertido implica la ausencia del trabajo para satisfacer obligaciones familiares que competen a los progenitores con independencia del sexo y no puede ser compensado, limitado, condicionado o reducido por la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a la maternidad.

6º) El objetivo general de corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho.

Precisamente, para cumplir con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, la utilización de las medidas de corresponsabilidad debe hacerse facilitando que los hombres hagan uso de los derechos de conciliación de la vida familiar y, por ello, el retraso en el inicio del ejercicio del permiso que postula la empresa resulta lesivo para la efectividad del derecho constitucional ( art. 14.1 y 8 LO 3/2007, de 22 de marzo ), para la igualdad efectiva de mujeres y hombre).

### (...) Conclusiones.

La doctrina constitucional pone en manos del legislador el modo en que haya de evolucionar el disfrute de permisos asociados al nacimiento o la lactancia de las personas descendientes y admite que el legislador pudiera conceder el permiso por lactancia a los varones solo si la madre también está trabajando (y no lo disfruta).

La jurisprudencia comunitaria ( *Roca Álvarez, Maïstrellis* ) sí considera inconciliable con el Derecho de la UE la exclusiva atribución de permisos parentales (incluyendo la pausa por lactancia) de un modo distinto a los hombres y a las mujeres, entendiéndose que eso perpetúa los roles tradicionales de división de tareas.

Sobre esos presupuestos, nuestra STS 224/2020 de 10 marzo (rec. 224/2020; *CLH S.A.* interpretando la redacción del artículo 37.4 ET bien que a unos efectos diversos de los ahora cuestionados, ha puesto de manifiesto que el derecho contemplado en la norma debe entenderse reconocido en pie de igualdad a cualquiera de los dos progenitores del menor de nueve meses.>>

Partiendo de supuesto sustancialmente igual al ahora examinado en los términos inicialmente señalados, aunque es el padre el solicitante de la prestación y la madre la que no tiene actividad laboral, la repetida sentencia desestima el recurso formulado por la empresa, reconociendo el derecho al permiso de lactancia solicitado.

**CUARTO.- 1.-** La doctrina expuesta deviene aplicable al presente caso, y cumpliendo la misión homogeneizadora que nos compete ( arts. 123.1 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos resolver el debate suscitado precisando que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste.

Por razones de temporalidad, el supuesto se desarrolla bajo la vigencia del artículo 37.4 derivado de la Ley 3/2012, que dispone la referencia a que el permiso por lactancia "sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen" que legitima para su disfrute a cualquiera de ellos (en nuestro caso, la madre) aunque el otro (aquí, el padre) no esté desarrollando actividades lucrativas por encontrarse en situación de desempleo, y con independencia de si puede encargarse de atender al menor.

## 2. Estimación en parte del recurso de la trabajadora.

Lo expuesto conduce a la conclusión de que la madre trabajadora demandante tiene derecho a disfrutar de permiso de lactancia tras el nacimiento de su hijo menor de nueve meses, que le había sido denegado por la empleadora al no desempeñar el padre trabajo retribuido, en los mismos términos señalados anteriormente.



Ahora bien, ello no comporta en ningún caso, la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, pues en lo que respecta a la indemnización adicional, ésta fue anulada por la sentencia recurrida ( STSJ Andalucía - sede Sevilla- de 25/04/2019, recurso 932/2019), y no ha sido objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, aquietándose en ello la recurrente, con lo cual devino firme.

Y, las razones particulares de ello, se sintetizan en el caso del siguiente modo:

#### **Primero.- Titularidad individual y paritaria del derecho.**

Hasta por tres veces el precepto recalca que estamos ante un derecho que pertenece, de forma originaria, a la persona que trabaja: 1) El permiso se configura como "un derecho individual". 2) Las decisiones acerca de la modalidad de disfrute corresponden a "quien ejerza este derecho". 3) En caso de que ambos trabajen el ejercicio solo puede llevarlo a cabo "uno de los progenitores".

No hay, por el contrario, atisbo alguno de que deba condicionarse la titularidad del derecho en cuestión a las circunstancias del otro progenitor.

#### **Segundo.- Literalidad de la norma.**

La regla limitativa según la cual este permiso "sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen" dista de contener la restricción que le atribuye la sentencia recurrida que impugna el recurso.

En ella se omite por completo la consideración de qué sucede cuando uno de los progenitores no trabaja. Si el legislador quisiera eliminar el permiso en tales casos debiera haberlo explicitado. La restricción acogida por la sentencia recurrida no existe en la norma, apreciando que la buena doctrina se contiene en la sentencia de contraste.

#### **Tercero.- Interpretación sistemática.**

Carecería de sentido que la regla en estudio quisiera privar a quien trabaja de la posibilidad de activar su permiso por el hecho de que el otro progenitor no pudiera hacerlo y, al tiempo, se configurase el permiso como un derecho individual de los trabajadores, que no del menor.

Las repetidas alusiones a "los trabajadores" ( párrafos I y III del art. 37.4 ET), así como la explicitación de que está refiriéndose a "hombres o mujeres" concuerdan con la idea de que el permiso surge si el progenitor presta actividad laboral y ha existido nacimiento de hijo, adopción o acogimiento.

Una vez que el derecho se ha desvinculado de la condición biológica de la mujer, carece de sentido atender a la situación en que se encuentre el progenitor que no activa el disfrute del permiso.

Los requisitos para el disfrute del permiso por lactancia están legalmente tasados (edad del menor, vínculo con el mismo), sin que proceda su interpretación expansiva. Debe considerarse contraria a Derecho la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en la Ley.

#### **Cuarto.- Interpretación teleológica.**

En la configuración que la Ley 3/2012 dio al permiso, el mismo aparece desconectado de la coetánea suspensión por maternidad.

La finalidad del permiso por lactancia conduce a la irrelevancia jurídica de cuál sea el sexo de quien lo disfruta. El objetivo general de corresponsabilidad en las tareas familiares aconseja una interpretación favorable al ejercicio indistinto del derecho. Choca con esta idea la argumentación acogida en la sentencia recurrida, conforme a la cual el padre (al estar en desempleo) puede encargarse del cuidado del menor y no tiene sentido que la madre active su permiso.

#### **Quinto.- Interpretación histórica.**

La expuesta evolución del precepto indica que tanto antes de la Ley 3/2012 cuanto con posterioridad lo que ha existido es una ampliación de los supuestos y beneficiarios de este permiso. La fase representada por la Ley 3/2012 se sitúa a caballo entre la inicial que lo atribuía solo a la trabajadora (sin perjuicio de que lo pudiera ceder) y la que permite que se disfrute de modo simultáneo por ambos progenitores.

Tampoco es casual que la redacción de 2012 surja tras haberse dictado la STJUE en el caso *Roca Álvarez*, siendo razonable pensar que la norma quiso acoger lo sustancial de su doctrina.

#### **Sexta.- Interpretación conforme con el Derecho de la UE, con la CE y con nuestra doctrina.**

La conclusión a que accedemos es la que resulta más acorde con la doctrina del TJUE ( Caso *Roca Álvarez*, *Maistrellis*), así como lo que previamente hemos sostenido ( STS 224/2020).



### Séptima.- Transversalidad por razón de sexo.

Bajo la rúbrica "Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas" el artículo 4º LOI alberga el que suele identificarse como principio o canon hermenéutico de perspectiva de género ("La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas"). Asimismo, el artículo 15 LOI bajo el epígrafe "Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres", incardinado en el Título II "Políticas públicas para la igualdad" dispone que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos.

Esta pauta interpretativa viene a reforzar la decisión que adoptamos. Restringir el permiso por lactancia a la madre, so pretexto de que el otro progenitor y padre del menor no desarrolla actividad productiva por encontrarse en situación de desempleo y puede encargarse de cuidarlo comporta los peligros de perpetuación de roles tradicionales, sexistas, y opuestos a los objetivos equiparadores de la LOI.

3.- Procede por cuanto antecede, conforme lo informado por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso formulado por la trabajadora, casando y anulando en parte la sentencia recurrida, y resolviendo el debate en suplicación, desestimar en parte el recurso de tal naturaleza formulado por la empleadora, confirmando la sentencia de instancia, salvo en lo que respecta a la indemnización adicional, que fue anulada por la sentencia recurrida ( STSJ Andalucía -sede Sevilla- de 25/04/2019, recurso 932/2019), y no ha sido objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, aquietándose en ello la recurrente, con lo cual devino firme. Sin costas en ambas instancias. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

### FALLO

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

1º) Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Pedro Castilla Vidal en nombre y representación de Dª. Custodia .

2º) Casar y anular en parte la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede Sevilla- de 25 de Abril de 2019, dictada en el recurso de suplicación núm. 932/2019, interpuesto por la empresa INTEC AIR SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz de fecha 9 de julio de 2018 (Autos 444/2018).

3º) Resolver el recurso de suplicación interpuesto por la empresa INTEC AIR SL, estimándolo en parte y confirmar la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Cádiz de fecha 9 de julio de 2018 (Autos 444/2018), salvo en lo relativo a la indemnización adicional que fija, cuya anulación por la sentencia recurrida devino firme.

4º) Sin costas en ambas instancias, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.