



Roj: **STSJ AS 406/2019 - ECLI: ES:TSJAS:2019:406**

Id Cendoj: **33044340012019100331**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2019**

Nº de Recurso: **2855/2018**

Nº de Resolución: **324/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 00324/2019

T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax: 985 20 06 59

NIG: 33024 44 4 2018 0001535

Equipo/usuario: MGZ

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002855 /2018

Procedimiento origen: PEF DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL,FAM Y LABORAL 0000378 /2018

Sobre: MODIFICACION CONDIC.LABORALES

RECURRENTE/S D/ña José , DIRECCION000

ABOGADO/A: , LORENZO DIEZ RENDUELES **PROCURADOR:** ,

GRADUADO/A SOCIAL: BORJA VEGA PEON,

RECURRIDO/S D/ña: José , DIRECCION000 , MINISTERIO FISCAL

ABOGADO/A: , LORENZO DIEZ RENDUELES ,

PROCURADOR: , ,

GRADUADO/A SOCIAL: BORJA VEGA PEON , ,

SENTENCIA Nº 324/19

En OVIEDO, a diecinueve de febrero de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltsmos Sres. D. JORGE GONZALEZ RODRIGUEZ, Presidente, D^a. CARMEN HILDA GONZALEZ GONZALEZ, D^a CATALINA ORDOÑEZ DIAZ y D^a. MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002855/2018, formalizados por el Graduado Social D. BORJA VEGA PEON y el Letrado D. LORENZO DIEZ RENDUELES, en nombre y representación de José y la empresa DIRECCION000 , respectivamente, contra la sentencia número 355/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de DIRECCION001 en el procedimiento DCHO CONCILIA VIDA PERSONAL, FAM Y LABORAL 0000378/2018, seguidos a instancia de José frente a la empresa DIRECCION000 y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D^a. MARIA DE LA ALMUDENA VEIGA VAZQUEZ .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. José presentó demanda contra la empresa DIRECCION000 y el MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 355/2018, de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciocho.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) El actor presta servicios para la entidad demandada desde el día 22 de mayo de 2006 con categoría de oficial de primera, sujetándose su relación al Convenio Colectivo de la empresa DIRECCION000 .

La base de cotización de la nómina del mes de junio de 2018 ascendió a 2.675,99 euros.

2º) En fecha 11 de mayo de 2018 solicitó a la empresa el permiso de lactancia a disfrutar acumulados durante 14 días laborables con efectos a partir del 6 de junio de 2018.

3º) Requerido por la empresa para la aportación de documentación, en fecha 28 de mayo de 2018 recibe misiva con el siguiente contenido:

"Muy Sr. Nuestro:

Acusamos recibo de su comunicación de fecha 11 de mayo pasado, por la que comunica su intención de hacer uso del permiso de lactancia, en virtud de la legislación vigente.

Al respecto debemos indicarle que el citado permiso no está previsto ser ejercitado en aquellos supuestos en los que el otro progenitor no trabaje, como es su caso, según se desprende de la documentación e información facilitada.

Es por ello que, en virtud de dicha información aportada, no es posible acceder a su petición de ejercitar el permiso de lactancia, pues el otro progenitor se encuentra en disposición de realizar las funciones que con ese permiso se persiguen y de lo contrario se incurriría en un agravio comparativo con el resto de miembros de la plantilla en el que sólo uno de los miembros puede ejercitar el permiso de lactancia si ambos trabajan, lo que obliga a remitirle este comunicado en la forma en la que está redactado.

Le rogamos que nos firme la copia de la presente a los efectos de "recibí".

Atentamente".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Estimo en parte la demanda presentada por D. José frente a DIRECCION000 y declaro su derecho a disfrutar de permiso de lactancia con derechos a reducir una hora de jornada diaria para el cuidado de su hijo menor acumulándose en jornadas completas en total de 14 días laborables a disfrutar desde el día siguiente de la presente comunicación".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunciaron recursos de suplicación por José y por la empresa DIRECCION000 , formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por las contrapartes.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 14 de diciembre de 2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 31 de enero de 2019 para los actos de votación y fallo.



A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del pleito el demandante, trabajador que presta servicios para la mercantil demandada con categoría de oficial de primera, reclamaba el reconocimiento del derecho a disfrutar de permiso de lactancia tras el nacimiento de su hijo entonces menor de nueve meses que le había sido denegado por la empleadora demandada al no desempeñar la madre trabajo retribuido, solicitando acumuladamente, por un lado, que se declare el derecho del actor a reducir en una hora su jornada diaria de trabajo para la lactancia de su hijo menor, acumulándose en jornadas completas durante catorce días laborables o, si al reconocimiento no fuere posible el disfrute íntegro del período de acumulación, de manera subsidiaria, el que restase por disfrutar hasta que el menor cumpliera nueve meses, compensando económicamente los daños y perjuicios causados mediante indemnización equivalente a los días de salario que no pudiese disfrutar. Por otro lado, solicitaba también una indemnización adicional en la cantidad de 6.000 euros por vulneración del derecho del varón a no ser discriminado por circunstancias familiares y del derecho a la intimidad personal y familiar, derechos fundamentales que de conformidad con lo previsto en el artículo 14 en relación con el artículo 39.3 y el artículo 18.1, todos ellos de la Constitución Española, entendía afrentados por la decisión de la empleadora demandada.

La sentencia de instancia, partiendo de reconocer el derecho del demandante al disfrute del permiso de lactancia, estima parcialmente la demanda en el sentido de acceder a la pretensión principal de reducción horaria acumulada en catorce días laborables cuyo íntegro disfrute aún era posible en los términos en que la sentencia lo fija desde el día siguiente a su comunicación, desestimando no obstante la pretensión de indemnización adicional al no apreciar vulneración de derecho fundamental alguno.

Disconforme con la sentencia de instancia, recurre en suplicación la representación letrada de la mercantil demandada para, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesar que se revoque la sentencia recurrida y se desestime íntegramente la pretensión del actor o se desestime al menos su disfrute acumulado en catorce jornadas laborables. Asimismo, parcialmente disconforme con la sentencia de instancia, recurre en suplicación la representación letrada del trabajador para, al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, interesar que se revoque la sentencia recurrida en lo que a la pretensión de indemnización por vulneración de derechos fundamentales se refiere, interesando su estimación por vulneración de los derechos invocados en la cantidad demandada de 6.000 euros, manteniendo el resto de pronunciamientos de la instancia.

Sendos recursos han sido impugnados de contrario por las respectivas representaciones letradas de demandante y demandado para interesar su desestimación, así como conjuntamente impugnados por el Ministerio Fiscal para interesar su íntegra desestimación con confirmación de la sentencia de instancia que considera ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Razones de lógica procesal aconsejan abordar con preferencia a las cuestiones de censura jurídica que pudieran verse afectadas por una eventual modificación del relato de hechos probados el motivo de revisión fáctica que solo el recurso del actor articula. Al amparo del Art. 193 b) de la LJS, pretende la representación letrada del trabajador tres modificaciones fácticas íntimamente relacionadas mediante las que pretende la adición de nuevos hechos probados cuarto, quinto y sexto que, a juicio del recurrente, acreditan la intencionalidad de la demandada en la vulneración de derechos fundamentales del trabajador pese a la implantación en la empresa de un plan de igualdad y la justificación de la indemnización solicitada en atención a la renuencia a incumplirlo. Así, en primer lugar y en base a la documental consistente en el plan de igualdad obrante a los folios 73 a 83 de las actuaciones -en particular, folios 84 a 87-, solicita la adición de un hecho probado cuarto con la siguiente redacción: " en fecha 25 de abril de 2013, la empresa y la RLT finalizan con acuerdo la adhesión del centro de DIRECCION001 al Plan de Igualdad general de DIRECCION000 ". En segundo lugar y en base a documental consistente en fotocopia de escrito dirigido por la representación legal de los trabajadores a la empresa obrante al folio 71 de las actuaciones, solicita la adición de un hecho probado quinto con la siguiente redacción: " el día 23 de julio de 2018, la RLT y miembros de la Comisión de Igualdad solicitan reunión de carácter urgente con la empresa, con el fin de revisar el caso de José , al entender que sí le corresponde el permiso de lactancia ". En tercer lugar y en base a documental consistente en fotocopia de escrito de contestación dirigido por la empresa a la representación legal de los trabajadores obrante al folio 72 de las actuaciones, solicita la adición de un hecho probado sexto con la siguiente redacción: " El día 26 de julio de 2018, la empresa comunica a la RLT y miembros de la Comisión de Igualdad, que no es necesaria reunión alguna ". El triple motivo se entiende genéricamente impugnado tanto por la representación



letrada de la empleadora -en el marco de su disconformidad con la pretensión de vulneración de derechos fundamentales conforme a la que interesa la desestimación del recurso-, como por el Ministerio Fiscal al solicitar la confirmación de la sentencia de instancia.

El examen del recurso en sede de revisión fáctica obliga inexorablemente a recordar que el recurso de Suplicación es de carácter extraordinario y objeto limitado, exigiendo su formalización unos requisitos mínimos que vienen establecidos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social y que conducen a impedir al Tribunal revisar o analizar el proceso en toda su dimensión, sino tan sólo las cuestiones que, de entre las litigiosas y en los términos legales establecidos, acoten las partes. Como resumidamente expone la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2015 (rco. 309/2014), "*el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única - que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia [...], por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica (recientes, SSTS 02/07/14 -rco 241/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y 15/09/14 -rco 167/13 -) [...] expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario [...] sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 -rco 2080/00 -; [...] 08/07/14 -rco 282/13 -; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -)*". Partiendo de ello, viene exigiendo reiterada jurisprudencia como la reseñada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2.013 (rco. 5/2012), 3 de julio de 2.013 (rcud. 1899/2012) y 25 de marzo de 2014 (rco. 161/2013), para que el motivo prospere que "*no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en la instancia y que sea trascendente para el fallo*", lo que en el caso no es predicable de la pretensión revisora. Ninguna de las adiciones que postula el recurrente constituye un dato trascendental a los efectos de la resolución acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que postula, pues siquiera cabe desconocer el hecho de que la empresa contaba con un plan de igualdad en la medida en que al mismo se remite el propio convenio colectivo. Tampoco a efectos de una eventual graduación de la indemnización reclamada toda vez que lo realmente relevante sería en su caso la negativa absoluta en los términos en que la empresa la planteó y que ya se recogen en el hecho probado tercero. Por todo ello el motivo debe ser rechazado.

TERCERO.- Entrando en materia de censura jurídica que ambos recursos articulan, resulta oportuno abordar con antelación el recurso de la empleadora demandada en cuanto es de advertir que, pretendiendo esencialmente combatir el reconocimiento del derecho en la instancia, de prosperar haría decaer la pretensión del actor dimanante del mismo. Razones de lógica jurídica también aconsejan analizar dentro de éste en primer lugar precisamente el segundo motivo mediante el que discrepa el recurrente de dicho reconocimiento y que, no obstante, articula de modo subsidiario en su recurso al primer motivo mediante el que discute el disfrute acumulado en jornadas completas que la sentencia acoge: solo una vez examinada la cuestión nuclear relativa a la procedencia o no del reconocimiento del derecho será posible, en su caso, entra a analizar si dicho derecho ampara el disfrute acumulado en jornadas completas de la reducción de jornada.

Así pues, debemos centrarnos primeramente en el examen del motivo mediante el que la empleadora recurrente, al amparo del artículo 193 c) de la LJS, denuncia infracción de lo previsto en el artículo 37.4 del ET conforme a la interpretación doctrinal que del mismo hacen las sentencias de Tribunal Superior de Justicia que cita en el cuerpo de su escrito. Considera así la empleadora recurrente que el permiso de lactancia discutido está concebido en aras a la protección de las necesidades del menor, de modo que en los supuestos en que la madre no desempeña trabajo retribuido alguno, el cuidado de las necesidades del menor se encuentra totalmente garantizado, sin que sea admisible que el otro progenitor que sí trabaja pueda ser titular del derecho. Sostiene además que dicha interpretación del precepto estatutario y, por extensión, del artículo 17 f) del convenio colectivo de empresa viene avalada por distintos pronunciamientos judiciales tales como la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de julio de 2015 (sentencia número 1.872/2015) en la que se afirma que, desvinculado el permiso de lactancia del hecho biológico de la lactancia natural, la medida garantiza que uno de los progenitores, no los dos, atienda las necesidades del menor en los primeros meses de vida, de modo que si uno de ellos -en el caso allí enjuiciado, también lo era la madre- no trabaja, no procede el reconocimiento del derecho al otro ya que el cuidado del menor está garantizado, no siendo discriminatoria la denegación. El motivo es impugnado por la representación letrada del trabajador demandante, insistiendo en el acierto de la interpretación realizada en la instancia por los mismos argumentos de la Juzgadora *a quo*. También es impugnado por el Ministerio Fiscal en el mismo sentido.



La controversia jurídica así planteada gira necesariamente en torno al análisis de la naturaleza y finalidad del permiso de lactancia que el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores regula, pues solo conforme a la misma es posible interpretar cuál deba ser su alcance cuando, como aquí sucede, uno de los dos progenitores no trabaja. Sirve comenzar recordando que el tenor literal del precepto afirma que *" este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen "*. En términos muy similares el artículo 17 f) del convenio colectivo de la empresa DIRECCION000 para el colectivo de la fábrica DIRECCION001 publicado en el BOPA de 6 de noviembre de 2014 al que, conforme al hecho probado primero de la sentencia, se sujeta la relación laboral de las partes: *" Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen "*. La Juzgadora a quo razona en este punto que, aun cuando la interpretación del precepto no es unánime en nuestra doctrina, tanto la literalidad del mismo como la doctrina judicial patria y europea -con cita de sentencias como la 75/2011, de 19 de mayo, del Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015 en el asunto C-222/2.014 - conducen a considerar que la interpretación que del mismo la empresa hizo para denegar su disfrute al trabajador demandante *" resulta excesivamente restrictiva de un derecho que se reconoce sin más límite que la imposibilidad de disfrute concurrente de ambos progenitores [...] pero nada dice de limitación alguna si sólo uno trabaja "*, cuando además, tras las sucesivas reformas legislativas, el permiso tiene actualmente una finalidad conciliadora, distinta del hecho biológico del amamantamiento y *" no siendo ya un derecho propio de la madre, resulta indiferente que la misma no tenga la condición de trabajadora activa, si esta condición es reunida por el otro progenitor "*. Las consideraciones en este punto efectuadas en la instancia se comparten plenamente por esta Sala. Hemos de comenzar recordando que el originario derecho de la mujer a la interrupción de su jornada para la lactancia de su hijo que el convenio de 1952 de la Organización Internacional de Trabajo consagraba ha tenido reflejo en nuestro Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 37 ha sufrido múltiples modificaciones hasta que la reforma del controvertido apartado cuarto en virtud de las respectivas Disposición Final primera y tercera del Real Decreto Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012 la referencia a la mujer como titular del derecho ha dado paso a la desvinculación del género de su titular como superación de una tradicional concepción vinculada al hecho físico de la lactancia para la instauración de una medida conciliadora de la vida personal y familiar del trabajador progenitor con su jornada laboral. Así, actualmente el precepto estatutario reconoce que el permiso es un derecho individual no solo de la mujer trabajadora, sino también del hombre trabajador con el límite de que pueda ser ejercido *" por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen "*.

Lógica consecuencia de la modificación legislativa es una interpretación coherente con la naturaleza del precepto desvinculada del hecho físico de la lactancia y orientada a la finalidad conciliadora del permiso que ha venido siendo acogida en nuestra doctrina judicial en sentencias como la de 5 de octubre de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (rsu. 425/2015) cuyo exhaustivo análisis de la finalidad de la norma a la luz de la jurisprudencia constitucional y europea es obligado reproducir, pues razona que *" la Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el caso Roca Álvarez, y más tarde por la Sentencia 75/2011, de mayo, del Tribunal Constitucional. En la sentencia del 30 de septiembre de 2010 el 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 76/207/CEE del Consejo del 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. En esta sentencia interpreta que el permiso de lactancia se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral. Y por ello 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 ayuda del padre. Por todo ello el TJUE resolvió que la legislación española no es acorde a la mencionada Directiva y 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. Posteriormente el Tribunal Constitucional (TC), en su sentencia del 19 de mayo de 75/2011, donde se reitera 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 de carácter positivo 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 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, aunque la madre realizase una actividad regulada por un régimen jurídico en el que no previera el permiso de lactancia. De ello se desprende que*



la interpretación restrictiva respecto al derecho de igualdad y de no discriminación por razón de sexo aplicada por la empresa y ratificada por la sentencia de instancia va contra la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación al mismo tiempo del derecho a de las mujeres a evitar discriminaciones en el ámbito de las relaciones laborales, ya que no habría justificación objetiva y razonada para conceder el derecho al permiso de lactancia al padre cuando la madre desarrolle una actividad que no da lugar a la inclusión obligatoria en ningún régimen de la Seguridad Social, y sin embargo cuando la madre no desarrolle ninguna actividad y por tanto tampoco se encuentre en ningún régimen de la Seguridad Social. [...] La sentencia del 30/9/2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispone que el padre podrá disfrutar el permiso de lactancia si la madre no trabaja. Hasta ahora el permiso de lactancia lo podía disfrutar el padre sólo si la madre también trabajaba y voluntariamente se lo cedía. Concretamente el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores dice: "Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen". Extracto textual de esta sentencia "histórica": "La evolución normativa nacional y su interpretación jurisprudencial ha desvinculado del hecho biológico la lactancia natural, configurándose actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo que tanto el padre como la madre pueden asumir y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad. El permiso se concede por tanto a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores, por lo que considerar que solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser titular, puede contribuir 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. "El permiso de lactancia debe considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral. En el caso de la lactancia, a diferencia del permiso de maternidad (protección de la mujer después de su embarazo y parto), al ser un permiso desvinculado el referido del hecho biológico de la lactancia natural, y por tanto debe considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute de maternidad, si sería posible que el padre disfrutara de dicho permiso. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Sentencia T.C. 75/2011, del 19 de mayo. El Tribunal Constitucional (TC) entiende que en la lactancia no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer trabajadora después del embarazo y parto, que tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional, al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, pues no se trata de garantizar la recuperación de la madre trabajadora mediante el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante un periodo determinado, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. [...] Por ello, en el caso de la lactancia, a diferencia del permiso de maternidad, al ser un permiso desvinculado el

referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, y por tanto debe considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute de maternidad, si sería posible que el padre disfrutara de dicho permiso".

Más reciente aún es la sentencia de 23 de enero de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que, partiendo de la misma perspectiva, asume idéntica interpretación del precepto, pues "la evolución de este permiso de lactancia, que tiene su origen en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya Exposición de Motivos se destacaba que "Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa". Y en su virtud, se introdujo a través de la Disposición Adicional Décimo primera, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores una modificación en el apartado 4 del artículo 37, que quedó redactado de la siguiente forma "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". Posteriormente, y respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Superior de Justicia de Galicia en rsu 5429/2005, resuelto por sentencia de 12 de noviembre de 2010, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 30 de septiembre de 2010 (TJCE 2010, 280) (TJCE 2010, 280) -recurso 104/2009-, se manifestó sobre el contenido y alcance del permiso de lactancia entendiendo que el precepto citado no se acomodaba a la normativa europea (Directiva 76/207 CEE (LCEur 1976, 44) (LC (RCL 2003, 1748) Eur 1976, 44) del Consejo, de 9 de febrero de 1976), en tanto en cuanto preveía que las mujeres, madres de



un niño y que tuvieran la condición de trabajadoras por cuenta ajena, podían disfrutar de un permiso durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tuvieran la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo podían disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño tuviera también la condición de trabajadora por cuenta ajena. En el caso allí contemplado, la madre era trabajadora por cuenta propia. Ello determinó que en la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se diera una nueva redacción al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores , estableciendo que "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". Esta modificación conlleva que el citado permiso de lactancia se ha desvinculado ya del hecho biológico de la lactancia natural, y se considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo, y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral; derecho de los que son titulares en igual medida ambos progenitores, con la única limitación de que solo puede ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen, con esta medida se garantiza que uno de los progenitores y no los dos atienda esas necesidades del menor en los primeros meses de vida " .

A tenor de todo lo expuesto, se impone considerar que tanto la literalidad del precepto estatutario como la finalidad que el mismo persigue tras la profunda evolución normativa sufrida a la luz de la jurisprudencia constitucional y europea conducen a rechazar que la indistinta titularidad que reconoce pueda quedar condicionada, como sostiene el recurrente, por el hecho de que uno de los progenitores no trabaje y pueda asumir el cuidado del menor durante los primeros meses de vida. Tratándose como se trata de una medida conciliadora de la vida familiar y laboral, el legislador ha centrado el reconocimiento de la titularidad del derecho en la condición de trabajador de cualquiera de los progenitores y el objeto del permiso en el tiempo de cuidado a favor del hijo, sin otras consideraciones adicionales o cortapisas que su ejercicio solo pueda corresponder a uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen. El motivo debe ser así íntegramente rechazado, confirmando el derecho a disfrutar el permiso de lactancia que la sentencia de instancia reconoce al trabajador demandante.

CUARTO.- Sin perjuicio de la desestimación del motivo *ut supra* analizado, la representación letrada de la empleadora demandada articula también al amparo del artículo 193 c) de la LRJS un motivo de censura jurídica mediante el que denuncia infracción de lo previsto en el artículo 37.4 del ET en cuanto a la posibilidad de disfrute acumulado de la reducción de jornada conforme a la interpretación jurisprudencial que del mismo hace la reciente sentencia de Tribunal Supremo dictada el 19 de abril de 2018 . Considera así la empleadora recurrente que, aun de reconocer el derecho del trabajador al disfrute del permiso de lactancia, el mismo solo puede en el caso que nos ocupa ser disfrutado mediante la reducción de jornada que el precepto estatutario prevé con carácter general, pues ni existe expresa previsión de su disfrute acumulado en el artículo 17 f) del convenio colectivo de empresa, ni tampoco existió acuerdo entre las partes para dicha acumulación. El motivo es impugnado por la representación letrada del trabajador demandante, insistiendo en el acierto de la sentencia de instancia al considerar que la finalidad del permiso ampara también su derecho al disfrute acumulado, máxime cuando le fue radicalmente denegado en contra del plan de igualdad suscrito por la empresa. También es impugnado por el Ministerio Fiscal en el sentido de defender que lo resuelto en sentencia se ajusta a Derecho.

Para examinar adecuadamente este motivo de censura jurídica debemos nuevamente partir del tenor literal del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores , que expresamente contempla que " *en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este 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, 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 el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella " . La literalidad del precepto apunta con razonable claridad a que el permiso consiste en que el trabajador tenga legalmente derecho a una hora de ausencia del trabajo -a incrementar en función del número de hijos según los casos- que podrá por su voluntad dividir en dos fracciones o sustituir por una reducción de jornada en media hora con la misma finalidad y una interpretación del precepto respetuosa con dicha literalidad conduce a considerar*



que la acumulación en jornadas completas está supeditada a la expresa previsión por convenio colectivo o al acuerdo alcanzado en el marco de éste con el empresario. Es precisamente esta interpretación la que nuestro Alto Tribunal ha acogido expresamente y despejando toda duda en la sentencia de fecha 19 de abril de 2018 (rcud. 1.286/2016) invocada por el recurrente, afirmando que " en el desarrollo legislativo que ha sufrido este permiso retribuido, si bien en un principio se identificaba con la hora de ausencia del trabajo, permitiendo que la trabajadora pudiera "sustituir" ese derecho por la reducción de su jornada, resulta que a partir del año 2007, esa sustitución es acompañada de otra opción en el ejercicio del derecho como es la de "acumularlo" en jornadas completas, en los términos que la negociación colectiva establezca o por acuerdo con el empresario, siempre que se respete lo que esta negociación haya establecido. Esta previsión legislativa de acumulación del permiso de lactancia posiblemente estuvo inspirada en algo, en lo señalado por esta Sala al respecto, en la sentencia de 20 de junio de 2005, recurso de casación 83/2004 , en la que se dijo que "El art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial. En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario, es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es, lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, 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 E.T ". Y este criterio fue no solo recogido por el legislador en la reforma de 2007, a pesar de que entonces, alguna enmienda pretendía desvincular esa acumulación de la negociación colectiva para otorgarla, simplemente, al trabajador, lo que no prosperó, sino que esa previsión normativa fue también objeto de otra sentencia que se cita en las sentencias aquí contrastadas. En efecto, la STS de 11 de noviembre de 2009, rc 133/2008 , tras recordar la reforma operada en el apartado 4 del art. 37, claramente determina el alcance de esa reforma señalando que dicho 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". De esta forma, si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores , un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación" La siguiente reforma de 2012 no ha alterado ese régimen en tanto que, al margen de que especificara que el derecho no solo lo es de la mujer trabajadora sino del hombre trabajador, sigue manteniendo que quien ejercite ese derecho tiene el de opción entre sustituir la ausencia de una hora del trabajo por una reducción de jornada o acumularlo en jornadas, en caso de que el convenio colectivo contemple tal posibilidad o se haya alcanzado un acuerdo con el empresario, siempre y cuando no vea el trabajador o trabajadora disminuidos los derechos que por norma legal o convencional se han establecido al respecto " .

En el caso que nos ocupa asiste la razón al recurrente en la medida en que, no constando por razones obvias acuerdo entre las partes, tampoco el convenio colectivo prevé la posibilidad de disfrute acumulado de la reducción de jornada conforme interesa el trabajador. El análisis de la norma convencional a la que se sujeta la relación de las partes conforme establece el hecho probado primero de la sentencia no admite otra conclusión. Por un lado, el artículo 17 f) del convenio colectivo de la empresa DIRECCION000 para el colectivo de la fábrica DIRECCION001 publicado en el BOPA de 6 de noviembre de 2014 se limita a establecer que " 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 ". Por otro lado, el plan de igualdad con el que la empresa demandada cuenta -al que consta adhesión del centro de trabajo de DIRECCION001 - y al que el artículo 19 del mismo convenio colectivo refiere la integración de la regulación en materia de " Paternidad y Maternidad. Conciliación de la vida familiar y laboral " no contiene ninguna previsión distinta del citado artículo 17 f) más allá de consignar como acción específica de sus objetivos " facilitar la concesión voluntaria por parte de la empresa a la plantilla de todos los centros de ampliar la reducción en media hora más, solo para aquellas personas que hagan uso de la lactancia al final de la jornada laboral ". Así las cosas, el derecho del trabajador que la sentencia reconoce no puede extenderse a una acumulación de reducción de jornada en términos respecto de los que no existe ni acuerdo ni expresa previsión convencional, motivos por los que el recurso de la empleadora debe en este punto ser acogido, revocando la sentencia solo y exclusivamente en el aspecto relativo al modo de disfrute del permiso de lactancia reconocido al trabajador, cuyo ejercicio quedará delimitado por los términos en que el artículo 37.4 reconoce que " los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones " y que en este punto el artículo 17.f del convenio exclusivamente admite sin posibilidad de acumulación en el sentido de que " por su voluntad, podrá sustituir este derecho, por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad " .



QUINTO.- La estimación parcial del recurso de la empleadora demandada en los términos que ha quedado expuesto no impide seguidamente entrar a conocer del único motivo de censura jurídica que la representación letrada del trabajador demandante articula al amparo del artículo 193 c) de la LRJS y que en este punto dimana del inalterado reconocimiento del derecho al disfrute del permiso de lactancia. Considera el trabajador recurrente que al desestimar la pretensión de vulneración de derechos fundamentales e indemnización que la demanda acumuladamente ejercitaba la sentencia infringe los artículos 14 , 18.1 y 39.3 de la Constitución Española en relación con los artículos 181.2 , 182.1 y 183.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social , los artículos 8 , 39 y 40 de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social y la jurisprudencia constitucional y europea emanada de la sentencia 26/2011, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional y de la sentencia de 16 de julio de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Considera en esencia el trabajador recurrente que la sentencia de instancia, centrada en la discriminación por razón de sexo, omite la perspectiva que la prohibición de discriminación del artículo 14 de la Constitución admite en relación con las circunstancias personales y familiares que afectan al actor y por las que entiende la empresa le discrimina al rechazar el permiso de lactancia que le corresponde con independencia de su condición de varón, perspectiva constitucional que avalan las sentencias invocadas y que reitera debe conducir inexorablemente a la reparación del daño mediante la indemnización que postula como proporcional a las circunstancias concurrentes. El motivo es impugnado por la representación letrada de la empresa demandada alegando que ninguna vulneración se ha cometido por su parte e interesando su desestimación. También es impugnado por el Ministerio Fiscal en el sentido de interesar la confirmación de la sentencia de instancia.

Hemos de comenzar advirtiendo que, pese a que la Juzgadora a *quo* razona -con expresa cita de las mismas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citadas por la representación letrada del trabajador- acerca de la perspectiva constitucional del permiso de lactancia en relación con la discriminación por razón de sexo, omite ciertamente como el recurrente pone de manifiesto la perspectiva que, dentro de dicha cláusula antidiscriminatoria que el artículo 14 de la Constitución contempla, abarca también a motivos ajenos al género cual pueden ser las circunstancias familiares invocadas. Precisamente dicha omisión elude que a propósito del contenido del derecho fundamental que el artículo 14 de la Constitución consagra y las consecuencias que en este proceso laboral puede tener su invocación, la Sentencia 26/2011, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional afirmaba que "*debemos comenzar recordando que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/19 87 , de 16 de julio, FJ 5; 19/198 9 , de 31 de enero, FJ 4; 317/19 94 , de 28 de noviembre, FJ 2; 17/200 3 , de 30 de enero, FJ 3; 214/20 06 , de 3 de julio, FJ 2; y 324/20 06 , de 20 de noviembre, FJ 4). De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/19 94 , de 7 de junio, FJ 2; 136/19 96 , de 23 de julio, FJ 5; 20/200 1 , de 29 de enero, FJ 4; y 41/200 2 , de 25 de febrero, FJ 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (SSTC 128/19 87, FFJJ 7 y ss.; 19/198 9, FJ 4; 28/199 2 , de 9 de marzo, FJ 3; 229/19 92 , de 14 de diciembre, FJ 2; 3/1993 , de 14 de enero, FJ 3; y 109/19 93 , de 25 de marzo, FJ 5, por todas). Desde esta perspectiva, resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente, pues, como advierte el Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres "*

Más seguidamente el Tribunal Constitucional aborda en la citada sentencia el objeto de la pretensión añadiendo que "Lo anterior no es obstáculo, conforme a nuestra doctrina (por todas, SSTC 59/198 7 , de 19 de mayo, FJ 1; 262/19 88 , de 22 de diciembre, FJ 3; y 99/200 0 , de 10 de abril, FJ 6), para que la queja del recurrente en amparo pueda ser analizada desde la perspectiva del mismo derecho fundamental a la no discriminación, pero en relación con otro de los motivos concretos de prohibición de discriminación que el art. 14 CE enumera, concretamente el referido a las circunstancias personales o sociales, pues lo que se plantea en el presente caso es un problema de posible discriminación por razón de las circunstancias familiares, en la medida en que la negativa a acceder a la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. La



prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009 , que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE . Y ello porque tal exclusión "no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social ..., ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social", y sí, en cambio, una medida que puede "contribuir 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". En definitiva, la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares. 6. Sentado cuanto antecede, para dar cumplida respuesta a la queja que se nos plantea debemos partir de la consideración de que no corresponde a este Tribunal determinar si la concreta pretensión del recurrente de realizar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 se encuentra o no amparada por lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET o en el convenio colectivo aplicable, por ser esta una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales (art. 117.3 CE). Sin embargo, debemos igualmente afirmar, como hemos hecho en anteriores ocasiones, que sí nos corresponde valorar desde la perspectiva constitucional que nos es propia, y a la vista del derecho fundamental concernido, la razón o argumento en virtud del cual las resoluciones judiciales impugnadas validan la decisión de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León por la que se niega al demandante de amparo la asignación del horario nocturno que solicitaba. Hemos sostenido reiteradamente que, estando en juego un derecho fundamental sustantivo y no el derecho reconocido en el art. 24.1 CE , el control por parte de este Tribunal no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas, sino que será preciso analizar si las mismas resultan o no lesivas del ejercicio del derecho fundamental sustantivo alegado (entre otras muchas, SSTC 30/2000 , de 31 de enero, FJ 4; 173/2001 , de 26 de julio, FJ 4; 14/2002 , de 28 de enero, FJ 4; 92/2005 , de 18 de abril, FJ 5; 326/2005 , de 12 de diciembre, FJ 5; y 3/2007 , de 15 de enero, FJ 4). Desde esta perspectiva de enjuiciamiento que nos corresponde cabe observar que en el asunto sometido a nuestra consideración los órganos judiciales han denegado la asignación de horario nocturno solicitada por el trabajador demandante, confirmando la previa decisión denegatoria de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con fundamento en consideraciones de estricta legalidad, derivadas de la interpretación que efectúan de lo dispuesto en los arts. 36.3 y 34.8 LET y en diversos preceptos del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración general de la Junta de Castilla y León. [...] Pues bien, la reseñada fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo prescinde de toda ponderación de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación del trabajador recurrente pudiera tener su pretensión de desempeñar su jornada laboral en horario nocturno durante el curso 2007-2008 por motivos familiares, y, en su caso, las dificultades que esta pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma. El hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE , en relación con el art. 39.3 CE , del asunto planteado, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo "no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado" (SSTC 191/1998 , de 29 de septiembre, FJ 5; 92/200



5 , de 18 de abril, FJ 5; y 3/2007 , de 15 de enero , FJ 6). Conforme ya indicamos, la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones. En definitiva, la decisión de los órganos judiciales [...] nos lleva a concluir que no ha sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE). 7. Cuanto ha quedado expuesto conduce al otorgamiento del amparo [...]"

Llevadas tales consideraciones al supuesto aquí analizado, procede la estimación del recurso pues, como reclama el recurrente y admite la jurisprudencia constitucional, con la denegación del permiso la demandada vulnera su derecho a no ser discriminado " *por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE) relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)* ". Ahora bien, la estimación en este aspecto del recurso conlleva a su vez, como también solicita el trabajador, la necesidad de analizar la procedencia de la indemnización solicitada por la vulneración de su derecho fundamental infracción de los artículos 182.1 y 183 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social invocados.

Lo primero que debemos aclarar para dar debida contestación al motivo planteado es que, concluyéndose la vulneración de derechos fundamentales, se hace igualmente forzoso concluir la procedencia de indemnizar el daño moral causado. En este sentido, recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017 (rcud. 2.497/2015) que " *las SSTs 17 diciembre 2013 (rco 109/2012) , 8 julio 2014 (rco 282/2013) , 2 febrero 2015 (rco 279/2013) , 26 abril 2016 -rco 113/2015 - o 649/2016 de 12 julio (rec. 361/2014) , entre otras, exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental (arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS): a) "La demanda ... deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 182 y 183, y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador " (art. 179.3 LRJS) , de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización; b) " La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: ... d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183 " (art. 182.1.d LRJS) , de tal precepto, redactado en forma sustancialmente concordante con el relativo al contenido de la sentencia constitucional que otorgue el amparo (art. 55.1 LOTC) , se deduce que la sentencia, como establece el citado art. 15 LOLS , debe disponer, entre otros extremos, la reparación de las consecuencias de la infracción del derecho o libertad fundamental incluyendo expresamente la indemnización, con lo que la indemnización forma parte integrante de la obligación de restablecimiento en la "integridad" del derecho o libertad vulnerados; c) "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios*



adicionales derivados" (art. 183.1 LRJS), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental; d) "El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño" (art. 183.2 LRJS), deduciéndose que respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención; y e) Finalmente, la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución, al disponerse que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas ..." (art. 177.3 LRJS) y que "El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas" (art. 240.4 LRJS) .

La indemnización del daño moral ante la constatación de la vulneración de un derecho fundamental como necesaria consecuencia para el restablecimiento del derecho conlleva, una vez descartada su naturaleza facultativa, una segunda cuestión no menos importante cual es la de su cuantificación. Para ello la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017 (rcud. 2.497/2015) ofrece unas pautas de plena aplicación al caso de autos por cuanto " siguiendo la pauta de las sentencias reseñadas, fijar la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (arg. ex art. 183.1 LRJS). Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS). [...] el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, non bis in ídem, etc.). Aquí se parte de que ha existido vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello. Tanto los propios hechos probados, expuestos más arriba, cuando la explicación que da la sentencia de instancia ponen de relieve que estamos ante una conducta empresarial grave [...] En esas condiciones, que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógica. Además, el artículo 8.2 LISOS considera infracción muy grave "las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación ". En ausencia de otros elementos acreditativos de conceptos adicionales, procede la estimación de la pretensión de reparación del daño moral sufrido por el actor fijando la indemnización en la cantidad de 6.000 euros como interesa, atendiendo al importe de las sanciones para infracciones graves que se contempla en el artículo 40.1 b) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden laboral, pues ponderando para su cuantificación la gravedad de los hechos que se han declarado probados y su incidencia en el derecho fundamental que se reputa vulnerado se considera plenamente ajustada en aplicación de la anterior doctrina.

A tenor de lo expuesto, sin perjuicio de confirmar el pronunciamiento principal de la sentencia de instancia en el sentido del reconocimiento del derecho del trabajador demandante a disfrutar del permiso de lactancia denegado por la empresa demandada, la estimación parcial del recurso de la demandada obliga a revocar el pronunciamiento relativo a que su disfrute determine el derecho " a reducir una hora de jornada diaria para el cuidado de su hijo menor acumulándose en jornadas completas en total de 14 días laborables" por las razones y en los términos expuestos *ut supra*. Asimismo, la estimación del recurso en cuanto a la pretensión adicional del trabajador demandante obliga también a revocar en dicho aspecto la sentencia recurrida, declarando la vulneración del derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución Española en la perspectiva analizada



y condenando a la empresa demandada a reparar el daño mediante la indemnización en la cantidad de 6.000 euros solicitada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DIRECCION000 contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de DIRECCION001 en fecha 14 de septiembre de 2018 en los autos promovidos frente a la misma por D. José en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el único sentido de suprimir la referencia a su disfrute mediante acumulación y reducción de una hora de su jornada en jornadas completas en un total de catorce días, desestimando en lo demás el recurso interpuesto y confirmando el pronunciamiento principal relativo reconocimiento del derecho del trabajador demandante a disfrutar del permiso de lactancia, disfrute que será ejercido en los términos legal y convencionalmente previstos.

Que, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del trabajador D. José contra la misma Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de DIRECCION001 en fecha 14 de septiembre de 2018 en los autos promovidos a su instancia frente a DIRECCION000 en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debemos declarar la existencia de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por circunstancias personales o familiares de conformidad con el artículo 14 de la Constitución Española, condenando a la demandada DIRECCION000 a estar y pasar por esta declaración y a indemnizar el daño moral causado en la cantidad de 6.000 euros, con devengo de los intereses legales.

Dese a los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir el destino legal.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercebimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La tramitación del recurso de casación para unificación de doctrina no constituye hecho imponible, y por tanto no se requiere la liquidación de tasas (Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 3674-23 de 26-12-2013).

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de **depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que**: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "**37 Social Casación Ley 36-2011**".

Si el ingreso se realiza mediante **transferencia**, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Consignación o aseguramiento del importe de la condena

Asimismo, por aplicación del Art. 230 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte condenada que no goce del derecho de justicia gratuita deberá acreditar, al preparar el recurso, haber **consignado** en la citada cuenta, (y por separado del depósito citado), la cantidad objeto de condena, -o el incremento de cuantía respecto de la fijada por el Juzgado de lo Social, o bien el importe de la mejora voluntaria de la acción protectora



de la Seguridad social o su incremento-; puede sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito.

Caso de ingresar el depósito para recurrir o las consignaciones a través de **transferencia**, el código IBAN es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, identificando la cuenta del recurso como quedó dicho para el ingreso del depósito.

Exenciones de los depósitos y consignaciones

El Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, así como las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, estarán **exentos** de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito referido y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas en esta Ley.

Pásense las actuaciones al Sr./Sra. Letrado/a de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJL