



SUPLI 7001/2017 1 / 8

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2017 - 0016543
EBO

Recurso de Suplicación: 7001/2017

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO
ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA
ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

En Barcelona a de marzo de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1581/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por Acciona Facility Services, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 12 Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 571/2017 y siendo recurrido [REDACTED] [REDACTED] ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Natividad Braceras Peña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de julio de 2017 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2017 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimo íntegramente la demanda frente a ACCIONA FACILITIES SERVICES SA, declarando la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta discriminatoria consistente en la denegación del permiso de lactancia de Don [REDACTED] [REDACTED], condenando a la empresa a reconocer el disfrute al mismo del permiso retribuido de 18 días laborables a iniciar con posterioridad a la resolución del presente procedimiento."





SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1. Don [REDACTED] (el actor), presta servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, con antigüedad de 2 de abril del 2007, categoría profesional de especialista, y salario mensual de 1754, 55 euros con prorrata de pagas extras.
2. El Convenio Colectivo aplicable es el de trabajo de la empresa ACCIONA FACILITIES SERVICES SA, (centro de trabajo de Nissan Motor Ibérica SA, Polígono Industrial de la Zona Franca de Barcelona) para los años 2016- 2018.
3. El actor fue padre del menor [REDACTED] causando el permiso de paternidad previsto en los Art. 48. 7 del ET y 60 del CC de empresa de aplicación, durante el periodo del 17 de mayo del 2017 al 15 de junio del mismo año.
4. Al amparo de lo previsto en los Art. 37. 4 del ET y 59 del CC de Empresa de aplicación, el actor solicitó el 19 de mayo del 2017 el disfrute del permiso por acumulación de horas de lactancia, a partir del 16 de junio del 2017.
5. La empresa le mandó un mail de fecha de 23 de mayo del 2017, reconociendo el permiso y expresando que a partir de la fecha de finalización de la paternidad (15 de junio del 2017) se haría el cálculo para el disfrute de la lactancia compartida.
6. Posteriormente la empresa, mediante escrito de 20 de junio del 2017, denegó el mencionado permiso en los siguientes términos: "Por la presente, y debido a su solicitud de que una vez terminada su baja paternal en fecha de 15 de junio del 2017, solicita realizar a continuación el disfrute del permiso de lactancia, no podemos atender a su petición, basándonos en lo que establece el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el que se estableció que es un derecho individual de las y los trabajadores, pero que solo podrá ser ejercitado por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen".
7. En la nómina del mes de julio se procedió a descontar al actor el importe de 506, 55 euros correspondiente al disfrute de 7 días de lactancia acumulada ya disfrutada, a causa de la mencionada concesión empresarial de 23 de mayo del 2017.

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia ha estimado la demanda del actor y le ha reconocido el derecho a disfrutar del permiso por acumulación de las horas de lactancia. Contra tal resolución recurre en suplicación la empresa empleadora para solicitar su revocación. Para ello plantea varios motivos, que ampara en los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.





Como modificación de los hechos probados pide que se añada al cuarto lo siguiente: "sin especificar la situación laboral de su cónyuge". Así resulta del folio que alega a este efecto y ha de ser aceptada su incorporación porque si bien se trata de la expresión en términos negativos, con ella se deja constancia de que en la solicitud no se mencionó la situación del cónyuge, que puede ser relevante para la determinación del fallo.

Para el quinto hecho probado se pide que se suprima la expresión "reconociendo el permiso"; pretensión a la que también ha de accederse porque, efectivamente, de la lectura del mensaje de correo electrónico de 23 de mayo a que se refiere este apartado no resulta que se le reconociera el permiso.

Por último en cuanto a los hechos probados, se solicita que se introduzca un inciso al sexto. Pero ha de rechazarse porque, además de que no alega ninguna prueba que funde tal petición (arts. 193.b) y 196 de la LRJS), se trata de una expresión valorativa en tanto que alude a las razones de dicho escrito, pero no un dato fáctico.

SEGUNDO: Por la vía del apartado c) del art. 193 de la LRJS se denuncia la infracción del art. 37.4 del ET por considerar que el derecho reclamado es un derecho individual que puede disfrutar tanto el hombre como la mujer pero solo cuando ambos son trabajadores por cuenta ajena o propia; y la vulneración del art. 14 de la Constitución porque entiende la empresa recurrente que con la interpretación realizada por la sentencia recurrida, cuando trabajan los dos, solo podría disfrutar uno de ellos de este permiso, mientras que si solo trabajase uno, ninguno de los dos habría de renunciar a disfrutar del cuidado del hijo. Además, añade la cita de diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que no constituyen jurisprudencia (art. 1.6 del CC).

TERCERO: Según la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el art. 37.4 del ET preveía lo siguiente:

«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 aquella.

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





El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, pasó a redactarlo en estos términos:

“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 aquella.

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.”

CUARTO: Por lo que respecta a la jurisprudencia, la sentencia de instancia no ha realizado ningún razonamiento específico para el caso sino que se ha limitado a reproducir los argumentos de una sentencia de otro Tribunal Superior de Justicia. A su vez, en esta resolución del TSJ se suceden sin gran cohesión partes de otras sentencias del TC y del TJUE.

En orden a clarificar lo resuelto por las sentencias de estos últimos Tribunales, se ha de decir, en primer lugar, que la sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez), que decidió una cuestión prejudicial referida a la redacción anterior a la introducida por disposición adicional 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, contempló el supuesto del trabajador al que se había denegado el disfrute del permiso de lactancia en el litigio principal por el único motivo de que la madre del niño no tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena en tanto que era trabajadora por cuenta propia. Por lo que concluyó que la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, debía interpretarse en el sentido de que se oponen a 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 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.

Por su parte, la sentencia del TC nº 75/2011, de 19 de mayo, que resolvía la cuestión de constitucionalidad planteada con respecto al 48.4 del ET en su





SUPLI 7001/2017 5 / 8

redacción resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, concluía que “la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en supuesto de parto, en la redacción del artículo 48.4 LET que se encontraba vigente en el momento de plantearse la presente cuestión de inconstitucionalidad —y más concretamente la regla de dicho precepto que permite a la madre ceder al padre el disfrute del período de descanso «voluntario» sólo en el caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre trabajador del disfrute de ese período cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena—, no vulnera el artículo 14 CE (ni tampoco los artículos 39 y 41 CE), lo que determina la desestimación de la cuestión”.

Por último, con respecto propiamente al permiso de lactancia, el auto del TC 14/2016, de 19 de enero, consideró infundada e inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada con relación a los párrafos primero y segundo del art. 48 f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por posible vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE. Este precepto dispone que “los funcionarios públicos tendrán permiso “por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.” Es decir que se construye de forma semejante a la regulación para los trabajadores por cuenta ajena.

En tal resolución el TC concluía en estos términos: “El artículo 48 f), párrafo primero, se dirige en general a “los funcionarios”, e impone una exigencia general de trabajo a sus parejas. No cabe, por tanto, mayor grado de abstracción. El legislador no está aislando un concreto grupo de trabajadores (“trabajadores a tiempo parcial —STJCE de 27 de junio de 1990—, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo —STJCE de 9 de febrero de 1999—, trabajadores con menos fuerza física —STC 149/1991—, etc.”, ejemplos de discriminación indirecta citados en la mencionada STC 110/2015, FJ 6) para aplicarles un régimen jurídico diferenciado, discriminando así, indirectamente, a las mujeres que mayoritariamente lo componen. Está regulando con la mayor abstracción y neutralidad posible el permiso de lactancia de los funcionarios. Puede compararse 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(ba) 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”.

Por tanto, en dicha regulación, que reconoce al funcionario el derecho a un permiso en los mismos supuestos y con un alcance semejante al regulado actualmente para el trabajador por cuenta ajena en el art. 37.4 del ET, considera el TC que no podía apreciarse “indicio de discriminación alguna”.

En conclusión, la interpretación que propone la parte recurrente, conforme a la cual solo podría disfrutarse del permiso de lactancia en el caso de que ambos progenitores trabajaran no contraría el principio de igualdad.

QUINTO: Presupuesto lo anterior y teniendo presente que ambas interpretaciones son conformes con el principio de igualdad, hemos de resolver interpretando el art. 37.4 ET según los criterios del art. 3.1 del CC.

Así, atendiendo a una interpretación gramatical, se ha de destacar que el precepto establece que el permiso de lactancia solo puede ser “disfrutado por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.” Este último inciso debe ser interpretado en el sentido de que contempla el caso específico de que ambos trabajen, en cuyo caso solo lo disfrutará uno de ellos; pero sin hacer exclusión o salvedad alguna para el supuesto en que únicamente trabajara uno de ellos. Es decir que para que la interpretación contraria (denegación del permiso si no trabajasen los dos) fuera la pretendida por el legislador habría de haberse expresado en estos o similares términos: “solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores Y cuando/en caso de que ambos trabajen”.

Si atendemos a sus antecedentes y a la realidad social actual, la redacción introducida en 2012 para este precepto supone un cambio en la concepción de este derecho, de modo que deja de asignarse a la madre y de fundarse en el hecho del amamantamiento para reconocerlo a cualquier progenitor a los efectos del cuidado del menor en general.

Por otro lado, entenderlo en sentido contrario, esto es, exigir que los dos progenitores sean trabajadores supondría desconocer este derecho para el trabajador de las familias monoparentales, incluido el caso de la mujer lactante que cría a su hijo sola y sin el otro progenitor –quizá desconocido. Incluso desaparecería el fundamento que se aduce para justificar la interpretación contraria a la que aquí se sostiene, esto es que el menor ya tiene la atención del progenitor que no trabaja, en el supuesto de parejas separadas cuando no se comparte la guarda y custodia, en las que la situación en que se encuentre el otro progenitor a estos efectos carece de interés con respecto del menor en tanto que en ningún caso lo podrá atender porque no tiene reconocida su guarda y custodia o tiene retirada la patria potestad.

Por último, podemos señalar que esta Sala no considera que existan elementos que justifiquen la interposición de una cuestión prejudicial ante el





SUPLI 7001/2017 7 / 8

TJUE al modo en que el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz lo hizo el pasado mes de mayo con relación al mismo precepto legal.

En definitiva, debemos desestimar el recurso y confirmar la sentencia que estimó la demanda.

SEXTO: Conforme al art. 204 de la LRJS, debe condenarse a la recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir; y por el art. 235 del mismo texto legal, a las costas procesales, que comprenderán los honorarios del letrado de la parte impugnante.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 571/2017, a instancia de [REDACTED] contra ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, condenando a la empresa al abono de los honorarios del letrado del impugnante, que ciframos en 350 euros.

Una vez firme esta sentencia, dese al depósito constituido para recurrir su destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de





consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

