

SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO SOBRE DEREITO LACTANCIÓN

Sentenza do Tribunal Supremo Nº 646/2022. Sala do social.

Data: 12 de xullo de 2022

Feitos relevantes: Os feitos litigiosos ocorren durante a primavera de 2018 e se discute sobre o eventual dereito do pai a gozar do permiso por lactación, tendo en conta que a nai non desenvolve actividade produtiva algunha. O traballador, que presta servizos para a mercantil demandada (Mecalux SA) desde 2006, con categoría de oficial de primeira, reclama (maio de 2018) o recoñecemento do dereito a gozar do permiso de lactación tras o nacemento do seu fillo menor de nove meses, séndolle denegado pola empleadora ao non desempeñar a nai traballo retribuído.

Interposta demanda contra a negativa empresarial o Xulgado do Social nº 4 de Gijón dita sentenza en data 14 de setembro de 2018 que estima en parte a demanda do traballador e recoñece o seu dereito a redución de xornada por lactación, permitíndolle acumular todo o período en 14 xornadas de traballo. Con todo, non acolle a petición dunha indemnización adicional por vulneración de dereitos fundamentais de 6 000 euros.

Recorrida dita sentenza por ambas as partes, o TSX de Asturias dita sentenza o 19 de febreiro de 2019 que estima en parte o recurso de suplicación interposto pola empresa no único sentido de suprimir a referencia ao goce mediante acumulación, desestimándoo no demais. Con todo, confirma o pronunciamiento principal relativo ao recoñecemento do dereito do traballador demandante a gozar do permiso de lactación, gozar que será exercido nos termos legal e convencionalmente previstos. Ademais, estima o recurso do actor condenando á demandada a indemnizarlle polo dano moral causado na cantidade de 6 000 euros.

Fundamentos xurídicos: Recorrida a anterior sentenza pola empresa ante o Tribunal Supremo, dítase a sentenza que agora comentamos na que o Alto Tribunal destaca que a doutrina constitucional pon en mans do lexislador o modo en que haxa de evolucionar o goce de permisos asociados ao nacemento ou a lactación das persoas descendentes e admite que o lexislador puidese conceder o permiso por lactación aos homes só se a nai tamén está a traballar (e non o goza).

A xurisprudencia comunitaria (casos Roca Álvarez, Maistrellis) si considera inconciliable co Dereito da UE a exclusiva atribución de permisos parentales (incluíndo a pausa por lactación) dun modo distinto aos homes e ás mulleres, entendendo que iso perpetúa os roles tradicionais de división de tarefas.

Sobre eses orzamentos, a STS 224/2020 de 10 marzo (rec. 224/2020; CLH S.A. interpretando a redacción do artigo 37.4 ET ben que a uns efectos diversos dos agora cuestionados), puxo de manifesto que o dereito contemplado na norma debe entenderse recoñecido en pé de igualdade a calquera dos dous proxenitores do menor de nove meses.

Sinala o Tribunal Supremo que baixo a vixencia do artigo 37.4 ET derivado da Lei 3/2012, a referencia a que o permiso por lactación "só poderá ser exercido por un dos proxenitores no caso de que ambos traballen" lexitima para o seu goce a calquera deles (no noso caso, o pai) aínda que o outro (aquí, a nai) non estea a desenvolver actividades lucrativas, e con independencia de se pode encargarse de atender ao menor. Advirte a sentenza que hasta por tres veces o precepto recalca que estamos ante un dereito que pertence, de forma orixinaria, á persoa que traballa: 1) O permiso se configura como "un dereito individual". 2) As decisións

acerca da modalidade de goce corresponden a "quen exerza este dereito". 3) No caso de que ambos traballen o exercicio só pode levalo a cabo "un dos proxenitores". Non hai, pola contra, indicio algún de que deba condicionarse a titularidade do dereito en cuestión ás circunstancias do outro proxenitor.

Despois de efectuar unha interpretación literal, sistemática, teleológica e histórica dos preceptos legais en discusión, a sentenza utiliza a perspectiva de xénero como canon interpretativo para reforzar a decisión adoptada concluíndo que restringir o permiso por lactación ao home, so pretexto de que a súa esposa e nai do menor non desenvolve actividade produtiva e pode encargarse de coidalo, comporta os perigos de perpetuación de roles tradicionais, sexistas, e opostos aos obxectivos equiparadores da Lei Orgánica de Igualdade (LOI).

Fallo: En consecuencia ao argumentado, o Tribunal Supremo desestima o recurso de casación interposto pola empresa confirmando a sentenza do TSX de Asturias.