



Roj: **STS 3022/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3022**

Id Cendoj: **28079140012022100581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/07/2022**

Nº de Recurso: **1367/2019**

Nº de Resolución: **646/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, núm. 4, 14-09-2018,**  
**STSJ AS 406/2019,**  
**STS 3022/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 646/2022**

Fecha de sentencia: 12/07/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 1367/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: AOL

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1367/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 646/2022**

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.<sup>ª</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D.<sup>ª</sup> Concepción Rosario Ureste García

D. Ricardo Bodas Martín



D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 12 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Mecalux, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Díez Rendueles, contra la sentencia nº 324/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 19 de febrero de 2019, en el recurso de suplicación nº 2855/2018, interpuesto frente a la sentencia nº 355/2018 de 14 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, en los autos nº 378/2018, seguidos a instancia de D. Florentino contra dicha recurrente y el Ministerio Fiscal, sobre reconocimiento de derechos.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Florentino, representado y defendido por el Letrado Sr. Vega Peón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de septiembre de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimo en parte la demanda presentada por D. Florentino frente a Mecalux, S.A. 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".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"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 Mecalux, S.A. 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".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Mecalux, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Gijón, en fecha 14 de septiembre de 2018 en los autos promovidos frente a la misma por D. Florentino 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. Florentino contra la misma Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Gijón en fecha 14 de septiembre de 2018 en los autos promovidos a su instancia frente a Mecalux, S.A., 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 Mecalux, S.A., 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".

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Díez Rendueles, en representación de la mercantil Mecalux, S.A., mediante escrito de 20 de marzo de 2019, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: **PRIMERO.-** Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) de 1 de julio de 2015 (rec. 963/2015). **SEGUNDO.-** Se alega la infracción del art. 37.4 ET.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2019 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Cuestión suscitada y evolución normativa.

Se discute sobre el eventual derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia, teniendo en cuenta que la madre no desarrolla actividad productiva y que los hechos litigiosos ocurren durante la primavera de 2018.

Por más que resulte inusual, puesto que la discusión versa estrictamente sobre el alcance de un precepto (el artículo 37.4 ET) y puesto que el mismo ha sufrido diversas redacciones a lo largo del tiempo, interesa comenzar examinando su tenor en esas sucesivas versiones, en el bien entendido de que ahora solo interesa atender a la titularidad del derecho y su ejercicio.

#### 1. Estatuto de los Trabajadores de 1980.

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

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

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

#### 2. Redacción tras la Ley 3/1989.

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

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

#### 3. Redacción tras la Ley 39/1999, de 5 noviembre.

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



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

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

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

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

#### **4. Redacción tras la Ley Orgánica 3/2007.**

A) La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), reordenó la institución de manera importante: contempla el supuesto de parto múltiple y admite el disfrute acumulado del permiso. Respecto de la titularidad, mantiene la opción de que cualquiera de los progenitores disfrute del permiso si ambos trabajan:

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

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

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

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

#### **5. Redacción tras las reformas de 2012.**

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

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

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



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

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

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

## **6. Redacción tras el RDL 3/2019.**

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

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

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

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

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

## **SEGUNDO.- Términos del debate.**

### **1. Hechos relevantes.**

El trabajador, que presta servicios para la mercantil demandada (Mecalux SA) desde 2006, con categoría de oficial de primera, reclama (mayo de 2018) el reconocimiento del derecho a disfrutar de permiso de lactancia tras el nacimiento de su hijo menor de nueve meses, siéndole denegado por la empleadora al no desempeñar la madre trabajo retribuido.

### **2. Sentencias recaídas en el procedimiento.**

A) Con fecha 14 de septiembre de 2018 el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón dicta su sentencia 355/2018. Estima en parte la demanda del trabajador y reconoce su derecho a reducción de jornada por lactancia, permitiéndole acumular todo el periodo en 14 jornadas de trabajo. Sin embargo, no acoge la petición de una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales de 6000 euros.

B) La sentencia aquí recurrida, la 324/2019 de 19 febrero (rec. 2855/2018), dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa en el único sentido de suprimir la referencia al disfrute mediante acumulación, desestimándolo en lo demás. Sin embargo, confirma el pronunciamiento principal relativo al reconocimiento del derecho del trabajador demandante a disfrutar del permiso de lactancia, disfrute que será ejercido en los términos legal y





convencionalmente previstos. Además, estima el recurso del actor condenando a la demandada a indemnizarle por el daño moral causado en la cantidad de 6.000 euros.

Analiza, en primer término el recurso de la empresa, que se opone al reconocimiento del derecho, señalando que la controversia jurídica gira necesariamente en torno al análisis de la naturaleza y finalidad del permiso de lactancia cuando, como aquí sucede, uno de los dos progenitores no trabaja, debiendo interpretarse el artículo 37.4 ET, en la redacción posterior al RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, en la que la referencia a la mujer como titular del derecho ha dado paso a la desvinculación del género de su titular, para concluir, tras referir la doctrina que estima oportuna, que tanto la literalidad del precepto estatutario como su finalidad conducen a rechazar que la indistinta titularidad que reconoce pueda quedar condicionada por el hecho de que uno de los progenitores no trabaje. Confirma el derecho a disfrutar el permiso de lactancia; estima, no obstante, la otra cuestión planteada, que el disfrute no puede realizarse de manera acumulada, pues ni existe expresa previsión de su disfrute acumulado en el artículo 17 f) del Convenio Colectivo de empresa, ni tampoco hubo acuerdo entre las partes para dicha acumulación.

En cuanto al recurso del trabajador, acoge la pretensión adicional, declarando que la denegación del permiso 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), condenando a la empresa demandada a reparar el daño mediante la indemnización en la cantidad de 6.000 euros solicitada.

### **3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.**

A) Con fecha 20 de marzo de 2019 el Abogado y representante de la empresa interpone su recurso de casación unificadora, articulado a través de dos motivos, aunque ambos invocan la misma sentencia a efectos de comparación.

B) El primer motivo tiene por objeto determinar que no procede el reconocimiento del derecho solicitado por el actor al disfrute del periodo de lactancia habida cuenta que el otro progenitor no desempeña actividad laboral alguna. En consecuencia, ello abocaría a la desestimación íntegra de la demanda promotora de los autos.

El segundo motivo tiene por objeto determinar que la negativa de la empresa al reconocimiento del permiso indicado y por las razones dichas no supone lesión del derecho fundamental que se indica, por lo que no procede fijar indemnización alguna. Aunque no se articula como subsidiario, es claro que solo tiene sentido examinarlo si fracasara el primero. Su éxito comportaría mantener el reconocimiento del derecho en los términos acogidos por el Juzgado de lo Social, es decir, sin acumulación ni abono de indemnización por vulneración de los derechos fundamentales.

C) Por su lado, representado por Graduado Social y asistido por Abogada, con fecha 14 de abril de 2019 el trabajador formaliza la impugnación del recurso. Cuestiona la contradicción del primer motivo, puesto que las sentencias opuestas aplican normas diversas. Además, respecto del tema de fondo entiende que lo postulado abocaría a una discriminación indirecta por razón de género.

Respecto del segundo motivo advierte que la sentencia referencial mal podría contener una condena al abono de indemnización porque considera inexistente la misma. Además, recuerda la doctrina constitucional sobre prohibición de discriminación por razón de sexo.

D) Con fecha 24 de octubre de 2019 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS. Advierte sobre la radical ausencia de contradicción en el segundo de los motivos y la acepta en el primero. Sobre el tema de fondo, considera acertada la sentencia referencial, aunque admite que el precepto ya ha desvinculado el permiso de la condición femenina.

### **TERCERO.- Análisis de la contradicción.**

Por constituir un requisito de orden público procesal, además de por haberse cuestionado en este procedimiento, debemos comprobar si las sentencias opuestas en cada recurso son contradictorias en los términos que el legislador prescribe.

#### **1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .**

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una



identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

B) La contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

C) Si bien el control de este presupuesto normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata.

D) Como regla general, la contradicción no puede apreciarse cuando las pretensiones formuladas en los correspondientes procesos que han dado lugar a las sentencias comparadas se fundan en normas distintas, porque en estos casos no cabe apreciar la identidad de las controversias, ya que se produce una diferencia relevante en el elemento jurídico de la pretensión, que no puede salvarse a través de meras semejanzas de redacción; y es así, porque la interpretación de las normas y, en particular la de los convenios colectivos, no puede limitarse a la consideración literal de un precepto aislado, sino que tiene que ponderar otros elementos en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, la realidad social de su aplicación o, en su caso, la actuación de los negociadores en el convenio colectivo. En definitiva, la contradicción no puede apreciarse cuando las normas aplicables en los supuestos decididos sean diferentes, salvo supuestos excepcionales en los que se acredite la plena identidad de las regulaciones.

## **2. Sentencia referencial.**

Dicho queda que los dos motivos toman como referencial la STSJ Andalucía (Sevilla), de 1 de julio de 2015 (R. 963/2015), la cual desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor y confirma la sentencia de instancia, desestimatoria de su demanda en solicitud de su derecho a disfrutar del permiso de lactancia (en la primavera de 2014) y al abono de una indemnización de 3000 euros para reparar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, deducida contra Intec-Air SL.

En tal supuesto al demandante, padre de un menor, constando que la madre del mismo, cónyuge del demandante, no trabaja (se encuentra en situación de desempleo), le deniega la empresa la concesión del permiso de lactancia solicitado. Alega el actor en suplicación que la norma reguladora del derecho reclamado establece las condiciones de acceso al disfrute del mismo, entre las que no se incluye el hecho de que ambos progenitores sean trabajadores por cuenta propia o ajena. Pero no es estimado.

La Sala, tras referir precedentes, parte de la reforma operada en el artículo 37.4 ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, razonando que 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 del 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. En el supuesto enjuiciado solo trabaja uno de los progenitores, el actor, encontrándose el otro (la madre) en situación de desempleo, por lo que no procede el citado reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado; no siendo discriminatoria la denegación.

## **3. Consideraciones sobre el segundo motivo de recurso.**

A efectos expositivos, es preferible comenzar poniendo de relieve la inviabilidad del segundo de los motivos del recurso.

Pretende que eliminemos la condena al abono de la indemnización de seis mil euros aunque compartamos la tesis de la sentencia recurrida en cuanto a la existencia de un derecho en favor del padre. Sin embargo, como advierte la impugnación al recurso y la Fiscalía, aquí es claro que no concurre contradicción alguna entre las resoluciones contrastadas.

Las dos sentencias parten de presupuestos de hecho muy distintos. La recurrida ha estimado el derecho del trabajador, de ahí que la denegación del mismo por la empresa se considere lesiva del derecho fundamental a la no discriminación. La de contraste no reconoce el derecho, por lo que ningún debate existe ya sobre la posibilidad de que la empresa sea condenada al abono de la indemnización reclamada por lesión de un derecho fundamental.



La contradicción existiría con una sentencia en que se reconociese el derecho del padre al disfrute del permiso, pero descartase la condena a la empresa en concepto de daños y perjuicios por vulneración de derecho fundamental.

#### 4. Consideraciones sobre el primer motivo de recurso.

A) Son innegables las similitudes existentes entre los casos comparados pues en ambos supuestos el progenitor que solicita el disfrute del permiso por lactancia recibe la negativa a ello como consecuencia de que el otro (la madre) no está desarrollando tareas productivas.

Siendo idénticas las pretensiones y los hechos a partir de los cuales aparecen edificadas, surge la duda de si también concurre esa igualdad en los fundamentos jurídicos, es decir en el tenor de la norma reguladora del permiso.

B) Por más que resulte obvio, debemos comenzar advirtiendo que en nuestro caso el precepto aplicable al permiso por lactancia litigioso no es el vigente cuando el trabajador se incorpora a la empresa (2006: redacción de la Ley 39/1999) ni el que actualmente rige (2022: redacción del RDL 3/2019). Hay que estar, por el contrario, al tenor del artículo 37.4 ET durante el año 2018 (redacción de la Ley 3/2012).

El caso de la sentencia referencial, a su vez, nos sitúa en el año 2014, esto es, en una época en que tiene aplicación la misma regulación que al caso presente (la emanada de la Ley 3/2012). De hecho, la sentencia referencial examina con detalle esa norma y constata que, con ella, "el citado permiso de lactancia se ha desvinculado ya del hecho biológico de la lactancia natural".

C) A la vista de cuanto antecede, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, consideramos concurrente la contradicción. Que la sentencia comparada invoque doctrina judicial recaída cuando estaba vigente una versión precedente del artículo 37.4 ERT no significa que los fundamentos de la pretensión sean distintos o que el Derecho aplicable resulte heterogéneo.

#### 5. Conclusiones.

A) El derecho a la acumulación (resuelto en sentido desfavorable para el trabajador) ya no es objeto de discusión, puesto que el mismo se aquietó con el criterio de la sentencia recurrida.

B) El segundo de los motivos fracasa, por no concurrir el requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 LRJS. La posibilidad de que un recurso admitido a trámite finalice con una resolución mediante la cual se concluye que concurre una causa de inadmisión es acorde con nuestra jurisprudencia. Recordemos que cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (por todas, SSTs 1036/2016 de 2 diciembre; 107/2017 de 8 febrero; 123/2017 de 14 febrero; 346/2017, de 25 abril; 434/2017 de 16 mayo).

Se trata de una consecuencia que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. Con arreglo a reiterada jurisprudencia constitucional "La comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos" (Por todas, SSTC 32/2002, de 11 de febrero y 200/2012, de 12 de noviembre).

C) Finalmente, vamos a abordar el motivo primero del recurso formulado por la empresa puesto que a su través suscita la cuestión de si, bajo la redacción de la Ley 3/2012, el derecho a permiso por lactancia ( art. 37.4 ET) puede denegarse cuando uno de los dos progenitores no está trabajando.

#### CUARTO.- Doctrina relevante.

##### 1. Jurisprudencia eurocomunitaria.

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

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





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

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

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

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

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

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

## 2. Jurisprudencia constitucional.

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

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

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

Puede compartirse que, como razona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia asunto *Roca Álvarez* de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/2009 ), si el permiso de lactancia, tal como lo regula



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

### 3. Doctrina de la Sala.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



#### 4. Conclusiones.

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

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

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

#### QUINTO.- Resolución.

##### 1. Unificación doctrinal.

Cumpliendo la misión homogeneizadora que nos compete ( arts. 123.1 y 152.1 CE; art. 219 LRJS) debemos resolver el debate suscitado precisando que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia recurrida.

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

##### 2. Desestimación del recurso de la empleadora.

De conformidad con cuanto antecede, debemos concluir que el trabajador demandante tiene derecho a disfrutar de permiso de lactancia tras el nacimiento de su hijo menor de nueve meses, que le había sido denegado por la empleadora al no desempeñar la madre trabajo retribuido. Las razones particulares de ello, aunque expuestas en el Fundamento precedente, pueden sintetizarse del siguiente modo.

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

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

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

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

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

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

##### Tercero.- Interpretación sistemática.

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

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

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

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



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

En la configuración que la Ley 3/2012 dio al permiso, el mismo aparece desconectado de la coetánea suspensión por maternidad. Por tanto, cuando lo disfruta el otro progenitor, no puede verse afectado por la situación de la madre.

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

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

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

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

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

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

Además, se trata de proteger el derecho del trabajador (que es padre del menor) a no ser discriminado "por razón de sus circunstancias personales o familiares" ( art. 14 CE) en relación con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad ( art. 39.3 CE).

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

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

Esta pauta interpretativa viene a reforzar la decisión que adoptamos. Restringir el permiso por lactancia al varón, so pretexto de que su esposa y madre del menor no desarrolla actividad productiva y puede encargarse de cuidarlo comporta los peligros de perpetuación de roles tradicionales, sexistas, y opuestos a los objetivos equiparadores de la LOI.

### **3. Pronunciamientos accesorios.**

Prescribe el artículo 228.2 LRJS que en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Eso comporta que debemos acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación unificadora.

El artículo 235.1 LRJS prescribe que "*La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita*". De acuerdo con el criterio aplicado por esta Sala, procede que las fijemos en cuantía de 1.500 euros.

## **FALLO**

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

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil Mecalux, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Díez Rendueles.

2º) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia nº 324/2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 19 de febrero de 2019, en el recurso de suplicación nº 2855/2018, interpuesto frente a la sentencia nº 355/2018 de 14 de septiembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social



nº 4 de Gijón, en los autos nº 378/2018, seguidos a instancia de D. Florentino contra dicha recurrente y el Ministerio Fiscal, sobre reconocimiento de derechos.

3º) Imponer a la citada mercantil las costas causadas a la contraparte por la interposición del recurso que ahora desestimamos, cifradas en 1.500 euros.

4º) Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ