

INDICE

- ✦ Sentencia T.S.J. Castilla y León 523/2012, 12-VII: PERMISO POR LACTANCIA. NO PUEDE DISFRUTARLO EL PADRE SI LA MADRE TIENE EXCEDENCIA
 - ✦ Antecedentes de Hecho
 - ✦ Fundamentos de Derecho
 - ✦ Fallamos
-

Sentencia T.S.J. Castilla y León 523/2012, de 12 de julio

RESUMEN:

El permiso por lactancia podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen, pero en el caso estudiado en esta sentencia, la madre tiene su contrato en suspenso por haber solicitado previamente una excedencia. En este sentido, el TSJ considera que la mujer no cumple el requisito de estar trabajando, por lo que el actor no tiene derecho al permiso acumulado de lactancia solicitado.

BURGOS

SENTENCIA: 00523/2012

RECURSO DE SUPPLICACION Num.: 459/2012

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA N.º: 523/2012

Señores:

Ilma. Sra. D.^a María José Renedo Juárez

Presidenta

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a doce de Julio de dos mil doce.

En el recurso de Suplicación número 459/2012 interpuesto por la representación letrada de CAMPOFRÍO FOOD GROUP S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Burgos en autos número 11/11 seguidos a instancia de D. Dionisio, contra la recurrente, en reclamación sobre Permiso de Lactancia. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 24 de abril de 2012 cuya parte dispositiva dice: "Estimo la demanda interpuesta por D. Dionisio contra la empresa CAMPOFRÍO FOOD GROUP S.A., declaro el derecho del actor a disfrutar de un permiso retribuido y acumulado de tres semanas y condeno a la empresa a estar y pasar por esta declaración".

Segundo.—En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: "PRIMERO.- D. Dionisio, D.N.I. NUM000, presta servicios para la empresa demandada CAMPOFRÍO FOOD GROUP S.A. desde el 1-4-97 con la categoría profesional de Oficial 2.ª SEGUNDO.- Esta casado con D.ª Rafaela que también es trabajadora de la empresa demandada. TERCERO.- En fecha 8-4-11 tuvieron un hijo. Rafaela disfrutó el denominado permiso de maternidad y luego pasó a la situación de excedencia causal por cuidado de un hijo menor en fecha 26-8-11. CUARTO.- En fecha 3-8-11 el actor dirige carta a la empresa pide el permiso de lactancia acumulado. La empresa contesta que no consta que su esposa haya cedido el permiso. Vuelve a pedirlo en fecha 28-9-11 acreditando la cesión. La empresa se lo deniega mediante escrito de 6-10-11. Interpone demanda para ante este Juzgado el 25-10-11.

Tercero.—Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la parte demandada, no habiendo sido impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

Cuarto.—En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la sentencia de instancia, que ha estimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la demandada, con dos primeros motivos de recurso, con amparo en el Art. 193 a) LRJS, denunciando infracción de lo dispuesto en el Art. 218 LEC y Art. 24.1 CE, así como del Art. 214 LEC, entendiendo la sentencia de instancia carece de motivación suficiente y las actuaciones deberían haber permanecido archivadas, según la diligencia que lo acordó.

Sobre la motivación de las sentencias el Tribunal Constitucional ha dicho en su sentencia 128/2002, de 3 de junio (RTC 2002, 128) (Sala Segunda): " que la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Derecho (artículo 1.1 de la constitución Española [RCL 1978, 2836]) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (Art. 117 CE, párrafos 1 y 3; SSTC 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990, 24], F. 4; 35/2002, de 11 de febrero [RTC 2002, 35], FJ3). Por ello, hemos dicho que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión -haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley-, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisprudencial por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio [RTC 1993, 209] F. 1). De ahí que este deber sea más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental (SSTC 62/1996, de 16 de abril [RTC 1996, 62], F. 2; 34/1997, de 25 de febrero [RTC 1997, 34], F. 2; 175/1997, de 27 de octubre [RTC 1997, 175], F. 4; 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997, 200], F. 4; 116/1998, de 2 de junio [RTC 1998, 116], F. 4, y 2/1999, de 25 de enero [RTC 1999, 2], F. 2, entre otras). Esta exigencia constitucional no significa, como también hemos dicho, que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (por todas, SSTC 196/1988, de 24 de octubre [RTC 1988, 196], F. 2, 215/1998, de 11 de noviembre [RTC 1998, 215], F. 3 y 68/2002, de 21 de marzo [RTC 2002, 68], F. 4) ".

En aplicación de dicha doctrina, al caso presente, entendemos la sentencia de instancia, contiene argumentos, aún sucintos, en sus Fundamentos Segundo y Tercero, para poder llegar, razonadamente, a las conclusiones de su fallo, sin que de ello se derive indefensión efectiva alguna para la demandada. Es por ello, que se desestima el primer motivo.

En cuanto al segundo motivo, sobre el archivo de las actuaciones, manifestar que: en ningún caso se puede privar a la parte el acceso a los tribunales, para ejercitar su derecho, conforma la tutela judicial efectiva exigible y al consagrado principio constitucional pro accione, que consagra el propio Art. 24.1 CE, sin que de ello, tampoco, se derive ningún tipo de indefensión efectiva para la recurrente; y máxime, teniendo también presente, el necesario principio de economía procesal. En su consecuencia, procede, igualmente, la desestimación del motivo.

Segundo.—Como motivos tercero a quinto de recurso, se pretenden diversas revisiones de hechos, en sus términos. Al respecto y con carácter previo, debemos señalar que la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1.º- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2.º- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3.º- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4.º- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5.º- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores.

Sentado lo anterior, se pretende con el motivo tercero, una revisión del ordinal tercero, que contenga: "En fecha 8-4-11 tuvieron un hijo. Rafaela, trabajadora por cuenta ajena y también empleada de la empresa, disfrutó del denominado permiso de maternidad y luego pasó a la situación de excedencia causal por cuidado de un hijo menor en fecha 26-8-11, situación en la que aún se encuentra a fecha de celebración del acto de la vista oral ", con remisión a la documental que cita. Dicha revisión se acepta en sus términos.

Con el motivo cuarto, se pretende una revisión del ordinal cuarto, en sus términos, con remisión a la documental que cita. Dicha revisión no se acepta, al estar en lo necesario ya contenida en el propio ordinal a revisar y resultar, en el resto, intrascendente.

Finalmente, con el motivo quinto, se pretende una revisión del ordinal homónimo, en cuanto al Convenio aplicable. Dicha revisión no se acepta, al tratarse de una cuestión jurídica, ajena al procedimiento revisorio fáctico que nos ocupa, conforme al Art. 97.2 LRJS.

Tercero.—Finalmente, como motivos sexto y séptimo de recurso, ambos con amparo en el Art. 193 c) LRJS, se denuncia infracción de la jurisprudencia que cita, en relación con el Art. 37.4 ET, entendiéndose no procede el permiso acumulado por lactancia concedido, dado: de un lado, el estado de excedencia de la madre y, de otro lado, la falta de norma convencional alguna al respecto.

En cuanto a ello, esta Sala no desconoce la existencia de la STJUE de 30-9-2010, que en esencia recoge: " 28 Según el órgano jurisdiccional remitente, el permiso previsto por el artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores se estableció originalmente en 1900 para facilitar el amamantamiento por parte de la madre. La evolución de la normativa lo ha desvinculado de dicha finalidad dado que ya no se refiere a lactancia natural o amamantamiento. Por otra parte, ya se ha admitido desde hace años por la jurisprudencia que se conceda el disfrute de ese permiso en el caso de lactancia artificial. Ese órgano jurisdiccional señala que el referido permiso se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, y se considera 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. 29 El hecho de que la evolución de la normativa

nacional y de su interpretación jurisprudencial haya separado poco a poco la concesión del permiso denominado "de lactancia" del hecho biológico del amamantamiento natural no permite considerar que esa medida asegure la protección de la condición biológica de la mujer después de su embarazo, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 27 de la presente sentencia. En efecto, como resulta de la resolución de remisión, el permiso controvertido en el litigio principal puede disfrutarse indistintamente por la madre o por el padre, siempre que éste también tenga la condición de trabajador por cuenta ajena.

30 Esa situación se diferencia de la que dio lugar a la sentencia Hofmann, antes citada, en la que la normativa nacional controvertida preveía la concesión de un período de descanso por maternidad una vez expirado el plazo legal de protección, y reservaba ese período de descanso a la madre, con exclusión de cualquier otra persona (véase la sentencia Hofmann, antes citada, apartado 26).

31 El hecho de que el permiso controvertido en el litigio principal pueda disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Parece pues que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo.

32 En segundo lugar, en lo que atañe a la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la reducción de las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, el Gobierno español ha expuesto en sus observaciones que el objetivo perseguido al reservar a las madres el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal es compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer, a diferencia del hombre, tras el nacimiento de un hijo. Según dicho Gobierno, es más difícil para la mujer con hijos de corta edad incorporarse al trabajo o permanecer en él.

33 De reiterada jurisprudencia resulta que el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. Esa disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (véanse las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93, Rec. p. I-3051, apartados 18 y 19; de 11 de noviembre de 1997, Marschall, C-409/95, Rec. p. I-6363, apartados 26 y 27; de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros, C- 158/97, Rec. p. I-1875, apartado 19, y Lommers, antes citada, apartado 32).

34 El citado artículo 2, apartado 4, pretende lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas (véanse, en este sentido, las sentencias Kalanke, antes citada, apartado 19; de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson, C-407/98, Rec. p. I-5539, apartado 48, y de 30 de septiembre de 2004, Briheche, C-319/03, Rec. p. I-8807, apartado 25).

35 Como se ha manifestado en el apartado 21 de la presente sentencia, el permiso controvertido en el litigio principal reviste la forma de una autorización de ausencia durante la jornada laboral o bien una reducción de la duración de ésta. Una medida de esa naturaleza puede tener ciertamente el efecto de favorecer a las mujeres al permitir que las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena conserven su empleo a la vez que dedican tiempo a su hijo. Ese efecto se refuerza por el hecho de que, si el padre del niño tiene también la condición de trabajador por cuenta ajena, puede disfrutar del permiso en lugar de la madre, quien no sufrirá consecuencias negativas en su empleo a causa del cuidado y la atención dedicados a su hijo.

36 Sin embargo, el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio 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 (véase en ese sentido la sentencia Lommers, antes citada, apartado 41).

37 Como ha puesto de relieve la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal 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 una mujer, como la madre del hijo del Sr. Jesús María, que es trabajadora por cuenta propia, 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.

38 En consecuencia, una medida como la controvertida en el litigio principal 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, en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207, ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo

157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas.

39 Del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207 deben 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, 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.

Sobre las Directivas 2002/73 y 96/34

40 El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la Directiva 2002/73, que modificó la Directiva 76/207, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la medida controvertida en el litigio principal.

41 Aunque la Directiva 2002/73 entró en vigor el día de su publicación, la adaptación a ella del Derecho nacional tenía que realizarse, a más tardar, el 5 de octubre de 2005, es decir, en una fecha posterior a los hechos objeto del litigio principal. No es por tanto aplicable *ratione temporis* a esos hechos. En cualquier caso, en el supuesto de que la Directiva 76/207, según su modificación por la Directiva 2002/73, fuera aplicable *ratione temporis*, ello no modificaría la interpretación dada en el apartado 39 de la presente sentencia.

42 Respecto a la Directiva 96/34, es preciso observar que la Comisión de las Comunidades Europeas considera en sus observaciones que la medida controvertida en el litigio principal es contraria a esa Directiva.

43 No obstante, a falta de precisiones en la resolución de remisión sobre el contenido de la normativa nacional en materia de permiso parental, y a falta de petición expresa en ese sentido, no procede interpretar la Directiva 96/34.

Costas

44 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de 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, deben 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, 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 ".

Dicha sentencia, como bien argumenta la recurrente, se refiere a un supuesto diferente del presente, cual es el caso de que, solicitado el permiso de lactancia por el padre, la madre trabajaba por cuenta propia, declarando aquélla el derecho del padre a su disfrute, equiparando, precisamente y a dichos efectos, el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, como causa de discriminación, pero sin manifestarse, como es el caso presente, sobre el supuesto de que uno de los progenitores no trabajara.

Cuarto.—Sentado lo anterior, en el supuesto presente, conforme al ordinal tercero revisado, tanto en el momento de la solicitud del permiso acumulado por el actor, como en el acto del juicio, la madre se encontraba en situación de excedencia causal por cuidado de hijo. Es decir, su contrato se encontraba en suspenso, a todos los efectos legales procedentes, conforme al Art. 45.1.d ET.

Junto a ello, el Art. 37.4 ET, base de la reclamación instada, recoge en su p. 3.º que: "Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen". Pues bien, una cosa es que ambos progenitores tengan derecho indistintamente al disfrute del reiterado permiso de lactancia, aún trabajando por cuenta propia o ajena, y otra muy distinta es que se mantenga ese derecho en caso de que no trabajen, cual es, precisamente, el supuesto presente, dada la situación de suspensión del contrato de trabajo de la madre, como consecuencia de la excedencia previa concedida, precisamente, para cuidado del hijo, ya que el mencionado Art. 37.4.3 ET requiere, expresa y literalmente, que ambos trabajen. Al no ser así y por ello, el actor no tiene derecho al permiso acumulado de lactancia solicitado.

El anterior criterio, ya ha sido mantenido por esta misma Sala en S. 4-12-2008: " Sentado lo anterior, en relación al fondo del asunto planteado, debemos destacar de los inatacados ordinales de la sentencia de instancia: El actor está casado con D.ª Elisa y, en fecha 21-6-07, nació su hija Martina. D.ª Elisa, en el momento del alumbramiento, era trabajadora por cuenta ajena. Tras disfrutar el permiso correspondiente hasta el 10-10-07 y las vacaciones anuales,

desde el 11-10-07 al 9-11-07, ha pasado a estar en excedencia por razón de cuidado de su hija por período de un año (del ordinal tercero).- El actor ha solicitado el denominado permiso de lactancia acumulado de 167 horas, a disfrutar entre el 5-11-07 y 5-12-07 (del ordinal cuarto).

Partiendo de ello, de un lado, el Art. 48.1.f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768) recoge, en cuanto a dicho permiso de lactancia solicitado, que: " Este derecho podrá ser ejercido, indistintamente, por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen ". De otro lado, el Art. 37.4 ET (RCL 1995, 997), dispone, de forma casi idéntica, que: " Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen ". Es decir, en ambos casos, es presupuesto ineludible y necesario para la concesión del permiso de lactancia solicitado, que ambos progenitores trabajen, lo que no se da en el caso presente, desde el término de las vacaciones de la madre, dado que, con posterioridad, ha solicitado excedencia para cuidado de su hija, con lo que su contrato de trabajo está en suspenso, conforme al Art. 45.1.d) ET.

Así lo viene entendiendo la doctrina, en cuanto a la suspensión del contrato y sus efectos, entre otras, Sala Social TS, S. 25-10-00 (RJ 2000, 9676) (RCUD 3606/1998: " El Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (ET) regula en artículos separados "las causas y efectos de la suspensión" del contrato de trabajo (Art. 45 ET) y de las "excedencias" (Art. 46 ET). La enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa. El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista ["a) Mutuo acuerdo de las partes"], el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo.

El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del Art. 45 del ET se caracteriza, desde el punto de los efectos o consecuencias jurídicas que se anudan a los supuestos suspensivos, por la exoneración de "las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo". De acuerdo con el significado que se ha atribuido de manera generalizada por parte de la doctrina al instituto de la suspensión, la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido interpretando este precepto en el sentido que sugiere su formulación literal. En consecuencia, mientras perduran las causas de suspensión se mantiene la exoneración de las obligaciones principales del contrato de trabajo, y una vez que desaparecen las situaciones o incidencias impidientes de la ejecución del trabajo o incompatibles con la misma se reactivan automáticamente tales obligaciones. Con las debidas adaptaciones, esta doctrina es sin duda de aplicación a la suspensión por mutuo acuerdo de las partes o pacto de suspensión temporal.

La suspensión del contrato de trabajo regulada en el Art. 45 del ET se configura así como una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario deber de reserva del mismo. A lo largo de la situación suspensiva el puesto de trabajo podrá ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. De ahí que la ley haya previsto expresamente como una de las causas justificadas de contratación de trabajadores por tiempo determinado la sustitución de "trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo" (Art. 15.c del ET).

Y, por lo que se refiere, en concreto, al permiso de lactancia, Sala Social TSJ Castilla la Mancha, S. 25-3-99 (AS 1999, 3204): " El artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), tras regular la duración del permiso de lactancia y la forma de su ejecución, indica que "este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen "; expresión de la que, sin duda, se infiere que no es posible solicitar el permiso en cuestión por uno de los padres, si el otro no trabaja y esta situación es la que se produce en el caso que se examina.

En efecto, dado que la esposa del recurrente ha hecho uso del derecho contemplado en el artículo 45.1 d) en relación con el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a los cuales, es causa de suspensión de la

relación laboral la maternidad de la mujer trabajadora con la duración y régimen jurídico establecido en el citado artículo 48.4; es evidente que durante dicho período de suspensión, la esposa del recurrente queda exonerada de la obligación de trabajar (artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)) y tiene derecho a un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente (artículo 133 quater de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)); lo que impide al esposo y padre del menor solicitar al propio tiempo el permiso por lactancia contemplado en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, precisamente porque su esposa no trabaja ".

En la misma dirección se manifiesta, entre otras, Sala Social TSJ Madrid, S. 10-10-2008: " El apartado 4 del artículo 37 del Estatuto de los trabajadores, establece lo siguiente:

"4. 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."

De manera que de la propia dicción del precepto resulta que se otorga indistintamente el permiso al padre y a la madre, correspondiendo a los progenitores la opción por disfrutarlo uno u otro, y no en exclusiva a la mujer como erróneamente pretende la recurrente confundiendo la regulación del permiso de lactancia con la establecida en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores respecto del descanso por maternidad, para el que si concede la Ley una preferencia a la madre, reconociéndole el derecho como propio con la posibilidad de ceder al padre, únicamente una parte del descanso.

Sentado lo anterior, hemos de partir de que la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores, exigiendo exclusivamente la Ley que los dos sean trabajadores, siendo evidente que esta cualidad la ostenta aquel que trabaja por cuenta ajena pero igualmente el que lo hace por cuenta propia, como lo es que de haber sido la madre quien trabajase asalariada y el padre como autónomo, nunca se hubiera cuestionado por la empresa su derecho al permiso, pese a que la Ley no distingue en absoluto entre una y otro, como hemos visto, debiéndose de resaltar que nuestra legislación ha ido caminando hacia esta paridad entre el hombre y la mujer, y, así el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre (RCL 2001, 2768), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, en desarrollo de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999, 2800), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, incluye a todos los trabajadores, cualquiera que sea el Régimen de la Seguridad Social al que estén acogidos y, consecuentemente, a los autónomos, reconociendo la posibilidad de que cualquiera de los progenitores perciba las prestaciones correspondientes al descanso por maternidad, especificando en el apartado 4 del artículo 4 que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre pero en caso de adopción o acogimiento, será decidido libremente por los interesados y, en un paso más, la Ley orgánica 3/2007 igualdad en su artículo 44.1, establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

Así pues, la interpretación del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), ha de hacerse, además de literal, a la luz de toda la normativa expuesta, en el sentido de favorecer la corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación, dando igual tratamiento a las situaciones en las que ambos progenitores trabajen, con independencia

de que uno de ellos lo haga como autónomo y del sexo de éste, por lo que estando probado que la esposa del demandante es trabajadora y siendo irrelevante que lo sea por cuenta propia, aquél tiene derecho al permiso de lactancia que la madre, por las características de su trabajo, no puede disfrutar, del mismo modo que el artículo 4.1 del citado Real Decreto 1251/2001 (RCL 2001, 2768), atribuye al padre en caso de parto, cuando la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización requerido, el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de seis semanas, siempre que aquél acredite el mencionado requisito, porque el espíritu de todas estas normas, es favorecer que, en todo caso, uno u otro de los progenitores disfrute de los permisos que en beneficio de los hijos establece la Ley, de manera que estos puedan ser asistidos por cualquiera de ellos, dependiendo de las circunstancias laborales que concurran y, respecto de la lactancia, como pone de manifiesto la recurrente, no se contempla para los trabajadores autónomos en las normas aludidas en materia de Seguridad Social, ni tampoco en el Estatuto del Trabajo Autónomo, lo cual es lógico al no haber un empleador frente al que ejercer el derecho a una reducción de jornada, por desempeñarse el trabajo por cuenta y riesgo del propio trabajador, por lo que la reducción del tiempo destinado a la actividad autónoma del progenitor, en este caso de la madre, redundaría en una disminución de los ingresos y, por tanto, en perjuicio de la familia, dificultando la conciliación de la vida familiar y laboral, que se persigue por la normativa expuesta y, consecuentemente, es lógico, por ser más acorde al interés de la familia que es el bien jurídico que se pretende proteger con este permiso, que opten porque sea el otro progenitor, en este caso el padre, el que, en su condición de asalariado, disfrute del permiso retribuido al que tiene derecho, al igual que, como hemos visto, podía el padre percibir la prestación correspondiente al descanso por maternidad, cuando la madre no tenía cotizado el periodo necesario para percibirla ".

Es, pues, conforme a todo lo expuesto y sin necesidad de analizar, por razones de economía procesal, el contenido concreto del motivo séptimo, que procede, estimando el recurso de Suplicación interpuesto, la revocación de la sentencia de instancia, absolviendo libremente a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de CAMPOFRÍO FOOD GROUP S.A., frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Burgos de fecha 24 de Abril de 2012, en autos número 11/11 seguidos a instancia de D. Dionisio, contra la recurrente, en reclamación sobre Permiso de Lactancia, y en su consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, absolviendo libremente a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Sin costas. Asimismo, se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en el artículo 97 de la L.R.J.S. y 248.4 de la L.O.P.J. y sus concordantes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante el Tribunal Supremo, significándoles que dicho recurso habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación, mediante escrito ajustado a los requisitos legales contenidos en los artículos 220 y 221 de la L.R.J.S., con firma de Abogado o de Graduado Social Colegiado designado en legal forma conforme al art. 231 de la citada Ley.

Se deberá ingresar como depósito la cantidad de 600 € conforme a lo establecido en el artículo 229.1.b de la L.R.J.S., asimismo será necesaria la consignación por el importe de la condena conforme a los supuestos previstos en el art. 230 de la mencionada Ley, salvo que el recurrente estuviera exento por Ley o gozare del beneficio de justicia gratuita.

Dichas consignación y depósito deberán efectuarse en la cuenta corriente de esta Sala, bajo la designación de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banesto, sita en la c/ Almirante Bonifaz n.º 15 de Burgos, -en cualquiera de sus sucursales, con el n.º 1062/0000/65/000459/2012.

Se encuentran exceptuados de hacer los anteriormente mencionados ingresos, los Organismos y Entidades enumerados en el punto 4 del artículo 229 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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

Este documento reproduce el texto distribuido por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.