

Permiso de lactancia. Derecho del padre trabajador sin estar condicionado por la no actividad laboral de la madre.

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: *La sentencia que es objeto de comentario aborda la problemática del derecho del trabajador que es padre, a disfrutar del permiso de lactancia reconocido en la Ley del Estatuto de los trabajadores cuando la madre no presta una actividad laboral. Tras un amplio análisis de la normativa anterior a la actualmente vigente, y a la jurisprudencia comunitaria y española, la Sala concluye que debe reconocerse el derecho al demandante, al amparo de una interpretación de la normativa vigente que debe tener en consideración todos los criterios de interpretación regulados en el Código Civil, y prestando especial atención al fortalecimiento del principio de no discriminación por circunstancias personales o familiares.*

Palabras clave: *Derecho. Paternidad. Lactancia. Estatuto de los Trabajadores. Constitución.*

Abstract: *The judgment which is the subject of commentary addresses the problem of the right of a worker who is a father to enjoy the breastfeeding leave recognised in the Workers' Statute Law when the mother does not work. After an extensive analysis of the legislation prior to that currently in force, and the european and spanish case law, the Chamber concludes that the plaintiff's right must be recognised, based on an interpretation of the legislation in force that must take into consideration all the interpretation criteria regulated in the Civil Code, and paying special attention to strengthening the principle of non-discrimination on the grounds of personal or family circumstances.*

Keywords: *Right. Paternity. Breastfeeding. Workers' Statute. Constitution.*

I. Introducción

Es objeto de comentario en este artículo la sentencia dictada por la Sala Social del TS el 12 de julio (Rec. 1367/2019)

La resolución judicial desestima, en contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe y en el que abogaba por su procedencia (si bien, señala la sentencia, la Fiscalía reconoce que el precepto “ya ha desvinculado el permiso de la condición femenina”), el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias el 19 de febrero de 2019 (Rec. 2855/2018), cuyo resumen oficial es el siguiente: “Conciliación de la vida laboral y familiar. Reducción de jornada. Permiso de lactancia pedida por el padre. Caso en que no trabaja la otra

progenitora. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Reforma de hechos probados: requisitos”. El TSJ asturiano confirmó el pronunciamiento principal de la sentencia de instancia, dictada por el JS núm. 4 de Gijón el 14 de diciembre de 2018, de reconocimiento del derecho al disfrute del permiso de lactancia del trabajador demandante.

El interés de la resolución judicial radica a mi parecer en el cuidado y riguroso estudio histórico de la norma objeto de aplicación, así como en especial de la jurisprudencia comunitaria, constitucional y de la propia Sala que incide directa o indirectamente sobre la cuestión abordada en el litio, para llegar a la conclusión del reconocimiento del derecho al disfrute del permiso de lactancia por parte del trabajador-padre, sin estar condicionado por el hecho de que la madre no lleve a cabo una actividad laboral, y ser la actuación empresarial vulneradora del derecho a no ser discriminado el demandante por circunstancias personales o familiares.

El escueto, pero bien claro, resumen oficial de la sentencia del alto tribunal es el siguiente: “Permiso de lactancia: puede ser ejercido por el trabajador, aunque la madre del menor no desempeñe actividad laboral. Aplica art. 37.4 ET (redacción Ley 3/12) y doctrina comunitaria y reitera la de la Sala”.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 646/2022 de 12 de julio

Tipo y número de recurso: RCUUD núm. 1367/2019

ECLI:ES:TS:2022:3022

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: carece.

III. Problemas suscitados: hechos y antecedentes. Sentencias de instancia y de suplicación

Acerquémonos en primer lugar a los hechos que motivaron el posterior litigio en sede judicial, prestando atención a las fechas. Se trata de un trabajador que presta servicios en la empresa desde el 22 de mayo de 2006, y que el 11 de mayo de 2018 solicita el permiso por lactancia, con efectos desde el 6 de junio y “a disfrutar acumulados durante 14 días laborables”.

La respuesta de la empresa fue desestimatoria de la petición, siendo su escrito transcrito literalmente en el hecho probado tercero de la sentencia del JS, siendo el argumento para ello que el citado permiso “no está previsto ser ejercitado en aquellos supuestos en los que el otro progenitor no trabaje”, añadiendo argumentaciones adicionales de carácter mucho menos jurídico a mi parecer, cuales eran que el progenitor que no trabaja “se encuentra en disposición de realizar las funciones que con ese permiso se persiguen”, y además que, de conceder el permiso solicitado, “se incurriría en un agravio comparativo con el resto de miembros de la plantilla en el que solo uno de los miembros puede ejercitar el permiso si ambos trabajan”.

Los hechos relatados, es decir la petición del permiso y su no concesión, motivaron la presentación de la demanda por la parte trabajadora, que como ya he indicado fue estimada parcialmente por el JS, reconociendo el derecho del trabajador al disfrute de tal permiso, “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”.

Contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de suplicación por la parte empresarial. Ya sabemos que fue desestimado en lo relativo al disfrute del derecho por la parte trabajadora, siendo estimado parcialmente al suprimir la referencia a dicho disfrute “mediante acumulación y reducción de una hora de su jornada en jornadas completas en un total de catorce días”. Para la Sala autonómica, las reformas operadas desde la redacción original del precepto han implicado que la referencia a la mujer como titular del derecho haya dado paso “a la desvinculación del género de su titular como superación de una tradicional concepción vinculada al hecho físico de la lactancia para la instauración de una medida conciliadora de la vida personal y familiar del trabajador progenitor con su jornada laboral”.

Para la Sala, con plena corrección jurídica a mi parecer, “... tanto la literalidad del precepto estatutario como la finalidad que el mismo persigue tras la profunda evolución normativa sufrida a la luz de la jurisprudencia constitucional y europea conducen a rechazar que la indistinta titularidad que reconoce pueda quedar condicionada, como sostiene el recurrente, por el hecho de que uno de los progenitores no trabaje y pueda asumir el cuidado del menor durante los primeros meses de vida. Tratándose como se trata de una medida conciliadora de la vida familiar y laboral, el legislador ha centrado el reconocimiento de la titularidad del derecho en la condición de trabajador de cualquiera de los progenitores y el objeto del permiso en el tiempo de cuidado a favor del hijo, sin otras consideraciones adicionales o cortapisas que su ejercicio solo pueda corresponder a uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen...”

También se interpuso recurso de suplicación por la parte trabajadora, al haber sido estimada solo parcialmente su demanda, que incluía la petición de indemnización por vulneración de su derecho a la no discriminación, que fue estimado por el TSJ asturiano, que declaró que se había vulnerado el derecho constitucional fundamental (art. 14 CE) a la no discriminación, en esta ocasión por motivos personales o familiares, condenando a la empresa al abono de una indemnización de 6.000 al demandante en instancia, que era justamente la cuantía solicitada. La estimación del recurso se produce tras un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del TC, para llegar a la conclusión de que “... como reclama el recurrente y admite la jurisprudencia constitucional, con la denegación del permiso la demandada vulnera su derecho a no ser discriminado ” por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE) relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE)”.

IV. Examen del Recurso de casación para la unificación de doctrina

1. Existencia de contradicción

Una vez conocidos los hechos y los pronunciamientos de las resoluciones judiciales de instancia y suplicación, es el momento de entrar en el examen del RUCD interpuesto por la empresa, y la argumentación de la Sala del alto tribunal que concluirá con su desestimación.

Indico con anterioridad que al tratarse de un RCUD debió aportarse sentencia de contraste, siendo esta la dictada por el TSJ de Andalucía el 1 de julio de 2015 (Rec. 963/2015), cuyo resumen oficial es el siguiente: “Se plantea si el demandante tiene derecho a disfrutar el permiso por lactancia, solicita una indemnización de 3.000€ por entender que se ha vulnerado el derecho fundamental de igualdad.

Con prontitud centra la Sala la cuestión suscitada y a la que debe dar respuesta, que no es otra que la del “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”.

La importancia de las fechas, apuntada con anterioridad, se observa con claridad en la manifestación formulada en el fundamento de derecho primero, ya que la Sala nos dice que va a recordar el contenido de la norma cuestionada, el art. 37.4 de la LET, que ha sufrido diversas redacciones desde su aprobación en el lejano año 1980,

reflexión que hará siempre teniendo bien claro que aquello a lo que deberá responder es, en el litigio que tiene ante sí, quién es el sujeto titular del derecho y su ejercicio.

¿Existe la contradicción requerida por el apartado 1 del art. 219 de la LRJS? Es el trámite previo que debe abordar la Sala, siendo dos los motivos alegados por la recurrente, si bien apoyándose en la misma sentencia ya citada del TSJ andaluz.

Esta sentencia reconocía primeramente que las modificaciones operadas en el art. 37.4 de la LET habían significado su desvinculación del hecho biológico de la lactancia natural, pasando a ser considerado “como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo, y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral; derecho de los que son titulares en igual medida ambos progenitores, con la única limitación de que solo puede ser ejercido por uno de ellos en caso de que ambos trabajen”, añadiendo que con esta medida “se garantiza que **uno de los progenitores(no los dos)** atienda esas necesidades del menor en los primeros meses de vida” (la negrita es mía), y pasando sin solución de continuidad a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por la parte trabajadora por darse el supuesto de trabajar el padre y la madre encontrarse en situación de desempleo, haciendo suya la tesis de la sentencia de instancia, cual es que “no procede acceder a la pretensión actora, porque lo que subyace en el permiso de lactancia es la protección del menor y no solo a la lactancia como inicialmente se concibió, para facilitar el amamantamiento del bebé por parte de la madre; sino que se ha ampliado tal derecho a necesidades de toda índole durante los primeros meses de vida, para su cuidado, ampliándose pues el citado derecho al padre, siendo ambos trabajadores por cuenta propia o ajena, como medida conciliadora de la vida laboral y familiar, debiendo evitar toda discriminación. Sin embargo, dice la sentencia recurrida, no se produce tal discriminación, y comparte esta Sala el criterio, **cuando se reconoce el citado permiso a uno de los progenitores, independientemente del sexo, amparando así la corresponsabilidad familiar en el cuidado del menor; siempre que ambos trabajen; de tal suerte que cuando uno de ellos lo disfruta, ya no tendría derecho el otro**. Pero si, como aquí ocurre, la madre no trabaja, no procede el citado reconocimiento, ya que el cuidado del menor está garantizado; no siendo discriminatoria la denegación” (la negrita es mía).

De los dos motivos del RCUUD es desestimado el segundo, cuál era la petición de eliminación de la indemnización de 6.000 euros, por no darse la obligada contradicción entre las dos sentencias, en cuanto que en una se declara existente la discriminación y se condena al abono de tal cuantía, mientras que en la segunda no hay manifestación sobre una posible indemnización al haber sido desestimado el recurso de suplicación por la parte empresarial, habiendo sido necesario, como muy bien expone el TS, que para poder apreciar contradicción a los efectos de entrar a conocer el RCUUD hubiera una sentencia de contraste “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”.

Sí existe contradicción en relación con el primer motivo del recurso, ya que en ambos casos hay solicitud de permiso por lactancia, siendo así que el otro progenitor, la madre, no trabaja, y en la sentencia recurrida se estima la pretensión, mientras que es desestimada en la de contraste. No deja de señalar la Sala que la normativa vigente no es la que fue de aplicación en ambas sentencias, la existente en virtud de la reforma operada a partir de la Ley 3/2012 de 6 de julio, pero ello no tiene mayor relevancia para apreciar la contradicción (sí la tendrá en la fundamentación de la Sala para estimar el recurso), siendo lo importante para apreciar su existencia que estemos en presencia de los mismos fundamentos de derecho, sin que tampoco tenga relevancia alguna para desestimar la contradicción el hecho de que la sentencia comparada “invoque doctrina judicial cuando estaba vigente una versión precedente del artículo 37.4 ET”.

Por todo ello, reitera ahora la Sala tras haber procedido a la obligada comparación de la sentencia recurrida y la de contraste, pasará a dar respuesta a 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”.

2. Normativa anteriormente aplicable

Antes de abordar la resolución de este problema, la Sala pasa rigurosa revista a las vicisitudes históricas del precepto, que ciertamente son a mi parecer un buen reflejo de cómo ha evolucionado la regulación de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, y de cómo un derecho reconocido inicialmente a las mujeres trabajadoras se ha ido ampliando en el tiempo a toda persona trabajadora en quien concurra el estatus jurídico de progenitora, habiendo ciertamente influido en estos cambios la jurisprudencia del TC, del TJUE y por supuesto la de la propia Sala.

Cabe señalar que el análisis histórico se inicia por supuesto con el texto originario de la LET de 1980, que reconocía el derecho a “las trabajadoras”, regulación que no fue considerada discriminatoria por el TC al entender que con dicho derecho se avanzaba en la protección de un grupo “especialmente desfavorecido”.

A continuación, la Sala se detiene en las modificaciones operadas en la LET por la Ley 3/1989 de 3 de marzo, que reconoce el derecho del trabajador al permiso de lactancia si la madre también trabaja; por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, que no modifica la titularidad pero introduce un matiz “al clarificar que la reducción del tiempo de trabajo no operaba sobre la jornada *normal* sino sobre la propia de la mujer trabajadora”, y junto a referencias de sentencias de la propia Sala se encuentra aquí la mención a la importante sentencia del TJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09), el conocido como “caso Roca /Álvarez”, del que conviene recordar su fallo: la normativa interna española se oponía a la comunitaria cuando 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”.

La Sala se detiene a continuación en las modificaciones operadas por la LO 3/2007 de 22 de marzo, que, en aquello que ahora me interesa a los efectos de la explicación, mantuvo la titularidad del derecho para los dos progenitores, o más exactamente “padre y madre” en el caso de que ambos trabajaran. Por su parte, la reforma laboral operada por la Ley 3/2012 de 6 de julio (que recordemos que encuentra su origen en el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero), mantuvo la titularidad en los términos anteriormente expuestos, refiriéndose pues a “hombres y mujeres”, si bien con anterioridad la mención era la de “los trabajadores”, ampliando el permiso a los supuestos de adopción o acogimiento. Una de las sentencias citadas para explicar la interpretación del derecho por la Sala es la dictada el 19 de abril de 2018 (Rec. 1286/2016), la primera sentencia dictada por una Sala compuesta de manera exclusiva por magistradas.

La última mención a los cambios normativos es la de la una norma posterior a los hechos acaecidos, el RDL 6/2019 de 1 de marzo, poniendo de manifiesto que sí se opera un cambio sustancial con respecto a la normativa anterior, ya que pasa a constituir un derecho individual, y además intransferible, de cada persona trabajadora en la que concurra la condición de progenitor, pudiendo solo ser restringido el derecho cuando ambos progenitores trabajen en la misma empresa y soliciten el disfrute simultáneo. A mi parecer, la importancia del cambio efectuado en el art. 37 de la LET por el citado RDL radicaba en la regulación de la reducción de jornada por lactancia, ya que la posibilidad de su limitación cuando lo ejerzan ambos progenitores (sin posibilidad de transferir su ejercicio al otro) se redujo a que ambos presten sus servicios en la misma empresa, en cuyo caso sí podrá el sujeto empleador limitar su ejercicio simultáneo “por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, que deberá comunicar por escrito”, así como la ampliación del período de disfrute hasta doce meses (con protección social que cubrirá la reducción del salario a partir de los

nueve meses) cuando los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, “ejercen este derecho con la misma duración y régimen”.

3. Jurisprudencia europea y española

Del marco normativo, del examen de su evolución desde 1980 a 2019, la Sala pasa al recordatorio de la jurisprudencia del TJUE, del TC, y de la suya propia que considera relevante para la resolución del caso.

Sobre la primera, manifiesta, y creo que acierta, que hay sentencias de importancia que pueden aportar luces para el supuesto litigioso ahora examinado, si bien se trata de sentencias que entran “con el pie forzado”, ya que se trata de abordar el permiso parental, o de forma más genérica el principio de igualdad de oportunidades en el empleo. Así son referenciadas las sentencias de 30 de septiembre de 2010 (asunto C-104/09), de 19 de septiembre de 2013 (asunto C-5/12) y de 16 de julio de 2015 (asunto C-222/14).

La segunda sentencia trata de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida, manifestando el TJUE que “aunque el Juzgado remitente parece considerar que el período de descanso posterior a las seis semanas que la madre debe obligatoriamente disfrutar tras el parto debe entenderse como un permiso parental, en el sentido de la Directiva 96/34, el auto de remisión no contiene elementos relativos al contenido de la normativa nacional en materia de permiso parental que permitan responder a las cuestiones planteadas en relación con esta Directiva. Sobre este particular, como señalan el INSS y el Gobierno español, el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, que constituye el único objeto de las tres cuestiones planteadas por el Juzgado remitente, no trata del permiso parental en el sentido de la Directiva 96/34”, concluyendo que esta misma tesis es aplicable a la Directiva 2010/18 y el acuerdo marco revisado, en cuanto que la revisión no introdujo modificación alguna sobre el texto original, y de ahí que la Directiva 2010/18 no incluye, no cubre, los supuestos de “permiso por maternidad” como el que se afectaba a la socia trabajadora que presentó la demanda.

La tercera aborda la problemática suscitada en Grecia relativa al derecho de las juezas a solicitar permiso por nacimiento de hijo, y en cambio la limitación de ese derecho a los jueces, que queda condicionado a la situación profesional de su esposa. En su análisis de la Directiva 2006/54, para su aplicación a este caso concreto, el TJUE insiste en la importancia de garantizar efectivamente el principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que puede facilitarse mediante la concesión del permiso parental, un permiso que sin duda entra dentro de la regulación de las condiciones de trabajo y empleo protegidas por la Directiva. Tras recordar, con cita de algunas de sus sentencias (y resulta sorprendente que deba hacerse aún este recordatorio en pleno siglo XXI) que la situación de los trabajadores y las trabajadoras que tengan la condición de progenitor “es comparable en los que respecta a la educación de los hijos”, el TJUE constata la diferencia de trato, a efectos del reconocimiento del permiso parental, a funcionarias y funcionarios, y por tanto también a juezas y jueces, en el ordenamiento jurídico griego, en cuanto que no bastará la mera condición de progenitor para el ejercicio del derecho si se trata de un funcionario (ya que deberá añadirse que la madre “ejercer una actividad laboral o profesional), mientras que sí será suficiente cuando se trate de una funcionaria. Que esta medida en nada contribuye a los objetivos perseguidos por las Directivas sino más bien todo lo contrario, de “reparto tradicional” de tareas en el hogar y de colocación de los hombres “en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental”, es claramente puesto de manifiesto por el TJUE, por lo que estamos en presencia de discriminación directa por razón de sexo, siendo los discriminados, como en el caso concreto el juez, “los funcionarios que son padres en relación con la concesión de un permiso parental”.

De las sentencias del TC es mencionadas ampliamente la núm. 75/2011 de 19 de mayo, y también el auto núm. 14/2016 de 19 de mayo.

En fin, de la jurisprudencia propia de la Sala se selecciona la dictada el 10 de marzo de 2020 (Rec. 221/2018), de la que se realiza una amplia exégesis, y de la que ahora reproduzco un fragmento de especial interés:

“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. El peculiar argumento de la parte recurrente relativo a un beneficio para los trabajadores varones por poder éstos acceder con anterioridad al permiso carece también de fundamento puesto que, como ya hemos indicado, la duración máxima del permiso está fijada en la edad del lactante y la madre podría haber distribuido las 16 semanas por parto de forma tal que sólo seis de ellas fueran posteriores al nacimiento, y, a su vez, el padre tenía la posibilidad de ejercer el derecho a la suspensión de contrato por paternidad "durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión" (art. 48.7, par. tercero ET)”.

V. Doctrina básica

A partir de este amplio y riguroso examen de la evolución normativa del permiso de lactancia, y de la jurisprudencia del TJUE, TC y de la propia Sala, el TS concluirá con la desestimación del RCU y la confirmación de la sentencia del TSJ asturiano, basando su tesis en una interpretación de la norma, basada por supuesto en los criterios fijados en el art. 3.1 del Cc, que apuesta claramente por el pleno reconocimiento del derecho al permiso de lactancia para los dos progenitores y sin cortapisas para uno u otro, teniendo además como punto de referencia el art. 4 de la LO 3/2007, que dispone la integración del principio de igualdad (entre mujeres y hombres) en la interpretación y aplicación de las normas.

Analicemos el argumentario del TS, siendo su doctrina básica a mi parecer la misma que la recogida en la sentencia de 10 de marzo de 2020, es decir que “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)”.

Y recordemos que la norma que fue objeto de aplicación era el art. 37.4 LET en la redacción dada por la Ley 3/2012 (“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”)

Primer argumento: la configuración del derecho como individual, siendo la decisión de su disfrute la adoptada por la persona que tenga derecho al mismo, enfatizando la sentencia que “no hay, por el contrario, atisbo alguno de que deba condicionarse la titularidad del derecho en cuestión a las circunstancias del otro progenitor”

Segundo argumento. Se rechazan las restricciones al disfrute del permiso, en las que se basan la sentencia de contraste y el primer motivo del recurso. No esta es la interpretación que debe predicarse de la mención a que el permiso “sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”, ya que en ella “se omite por completo la consideración de qué sucede cuando uno de los

progenitores no trabaja”, de tal manera que “si el legislador quisiera eliminar el permiso en tales casos debiera haberlo explicitado”, concluyendo que la restricción acogida por la sentencia referencial “no existe en la norma”.

Tercer argumento. La contradicción que se daría entre el reconocimiento del derecho como individual, por una parte, y su sometimiento a la vida laboral del otro progenitor, por otra. Hay que estar únicamente a los requisitos legales fijados por la norma en cuestión para poder acceder a derecho, cuáles son la edad del menor y el vínculo familiar con el mismo, por lo que debe rechazarse cualquier interpretación de la norma que amplie tales requisitos; o por decirlo con las palabras de la propia sentencia, “debe considerarse contraria a derecho la exigencia de cualquier requisito adicional a los previstos en la Ley”.

Cuarto argumento. Sustentado en la finalidad de la norma, cual es la potenciación y fortalecimiento de la corresponsabilidad de ambos progenitores en las tareas familiares, desvinculándolos de cuál sea el sexo de la persona que disfruta el permiso, criticándose, con pleno acierto a mi parecer, la tesis de la sentencia de contraste de que la madre, al no estar llevando a cabo una actividad laboral por encontrarse en situación de desempleo, “puede encargarse del cuidado del menor y no tiene sentido que el padre active su permiso”.

Quinto argumento. Recuperando brevemente las referencias a la evolución histórica de la norma, se subraya la evolución desde la exclusiva mención a las trabajadoras hasta la referencia a ambos progenitores y la única mención a la limitación cuando trabajen en la misma empresa y soliciten al mismo tiempo el permiso, añadiendo un muy aceptable argumento, cual es que la redacción de la norma a partir de 2012 es muy plausible que tuviera como punto de referencia la jurisprudencia del TJUE sentada en la sentencia del caso Roca-Álvarez.

Y en directa relación con lo que acabo de exponer, aparece el sexto argumento, cual es que la interpretación ahora propugnada es la que mejor se acomoda a la jurisprudencia comunitaria y por supuesto también a la propia de la Sala, insistiendo en una tesis de la sentencia de 10 de marzo de 2020, esto es que “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)”.

A modo de argumento de cierre, encontramos el séptimo, cual es el de la “transversalidad por razón de sexo”, a partir de la toma en consideración del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, contemplado en la LO 3/2007, como informador, con carácter transversal de la actuación de todos los poderes públicos, concluyendo que “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”.

VI. Parte dispositiva

Concluyo aquí el comentario de esta bien argumentada sentencia, en la que se potencia claramente a mi parecer la corresponsabilización de los cuidados familiares, en una interpretación plenamente respetuosa con la normativa internacional, europea y española del principio de igualdad de trato y no discriminación. Y lo hago, obviamente, con el recordatorio de su fallo, que es el de desestimación del RCUd interpuesto por la parte empresarial demandada en instancia, y la confirmación y declaración de firmeza de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias.