



31 ENE. 2013

X / 00019 / 11

1/6

1/6

Juzgado Social 19 Barcelona
Girona, 2, 4a. planta
Barcelona

Ana Tomé Arnaiz
C. de Trafalgar 50
Barcelona 08010 Barcelona

Procediment: Conciliación vida personal, familiar y laboral 1239/2012

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2012 - 8059181

Part actora: XXX

Part demandada: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.

SENTENCIA Nº 50/2013

En la ciudad de Barcelona a veintiuno de enero de dos mil trece.

M^a del Mar Mirón Hernández, Magistrada-Jueza del Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona y su provincia, los autos promovidos por XXX

frente a la mercantil TELEFÓNICA MÓVILES, S.A. en reclamación por DERECHO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL (PERMISO POR LACTANCIA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20-12-2012 fue repartida a este juzgado demanda presentada por la parte actora en el Decanato de los Juzgados de lo Social el 17 del mismo mes, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos legales que estimó procedentes a su derecho, suplicaba se dictase una sentencia en la que se acogieran sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, y señalados día y hora para la celebración del acto de juicio, se celebró el día 16-01-2013. Comparecieron el día señalado las partes y defensores que figuran en el acta de juicio. Abierto el acto la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda **aclarando que la antigüedad del demandante que se hace constar en el hecho tercero 1 de la demanda es de 5-08-1996 no la que por error se ha hecho constar.** La demandada se opuso, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas y tras el trámite de conclusiones quedó el juicio visto para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado los requisitos legales, salvo los relativos a plazos por acumulación de asuntos.



HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. XXX ostenta las circunstancias personales que se hacen constar en el encabezamiento de la demanda. Presta servicios para la demandada desde el 5-08-1996, categoría profesional de Operador Técnico de Red (grupo 4, nivel 5). Es miembro del Comité de Empresa y está afiliado al Sindicato Independiente de Móviles de España (no controvertido - folios 20 a 28).

SEGUNDO.- El demandante está casado con la Sra. XXX y son padres de una niña, XXX, nacida el 1-02-2012, y XXX, nacido en fecha 6-09-2012 (folios 29 a 33). La Sra. XXX no realiza ninguna actividad por cuenta propia o ajena y solicitó en fecha 3-01-2013 la reanudación del cobro de prestaciones por desempleo (folio 36).

TERCERO.- El demandante disfruta de una reducción de jornada por razón de guarda legal de su hija menor y realiza su actividad en jornada de 35 horas semanales (no controvertido).

CUARTO.- Tras las preceptivas consultas y la solicitud al departamento de Recursos Humanos, el 15-11-2012 el demandante comunicó a la demandada su intención de disfrutar del permiso de lactancia de su hijo, reduciendo una hora su jornada diaria de trabajo, en el período 27-12-2012 a 5-06-2013, al amparo de lo dispuesto en el art. 34, apartados 4 y 6 del Estatuto de los Trabajadores y art. 30 del Convenio de Empresa de aplicación. La solicitud fue denegada por comunicación remitida el 26-11-2012, considerando la empresa que la condición para el disfrute es que ambos padres trabajen (folios 34-35).

QUINTO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Telefónica Móviles de España, S.Á. (BOE 31-08-2009, prorrogado hasta el 31-12-2012).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- A los efectos de lo dispuesto en el art. 97, 2 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los hechos declarados probados se basan en la prueba practicada a que se hace referencia en cada uno de los mismos, respecto a las condiciones laborales de la demandante y la solicitud del permiso de lactancia que le ha sido denegado por la demandada.

Nos hallamos ante un debate estrictamente jurídico, que reside en determinar si el demandante, con independencia de la situación laboral de su cónyuge, puede disfrutar del permiso de lactancia regulado en el art. 37,4 ET en la redacción vigente y art. 30 del Convenio de empresa, considerando que avalaría tal posibilidad la regulación contenida en ambos preceptos, tanto en una interpretación literal de su redactado como a la luz de la interpretación que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha realizado de la Directiva 76/2007 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. Cita así mismo la doctrina contenida en la STSJ País Vasco, de 4-10-2011, recurso nº 2005/2011 favorable a su tesis

SEGUNDO:- El criterio de la demandada es contrario al reconocimiento del derecho, conformidad con el tenor literal de la norma que lo contempla y la interpretación que de la misma han realizado la doctrina de los tribunales que cita y aporta (SSTSJ Castilla/León nº 523/2012, de 12-07-2012, recurso 459/2012, la dictada por la misma Sala, nº 689/2008 de 4-12-2008, recurso 609/2008 y STSJ Castilla la Mancha nº 409/2009, de 25-03-2009, recurso 642/2008, así como en el voto particular contrario al criterio contenido en la sentencia del TSJ País Vasco citada de adverso. Argumenta con apoyo en aquellos pronunciamientos que la causa de denegación del permiso es que la esposa del demandante no tiene derecho a su disfrute por no ser trabajadora por cuenta propia o ajena, no habiéndose podido certificar por ello la renuncia a su disfrute.

TERCERO.- Comparte plenamente esta Juzgadora los argumentos de la parte demandante contenidos en la demanda y las alegaciones de la Letrada compareciente en el acto de juicio.

La regulación del permiso de lactancia contenida en el art. 37, apartados 4 y 6 ET fue modificada por la Disposición Final Primera de la Ley 3/2012 de 6 de julio, que bajo el título " Modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar", quedando redactada con el siguiente tenor:

4. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el art. 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.
/.../*

6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y

la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el art. 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.”

El convenio del sector regula en su art. 30 las condiciones de reconocimiento del derecho a la lactancia de hijo menor de nueve meses, estableciendo el derecho de los trabajadores a “reducir la jornada diaria en una hora. Cuando ambos padres trabajen, este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre...”.

Telefónica Móviles de España, S.A. tiene así mismo suscrito un Plan de Igualdad (BOE 4-04-2012) en el que se pretende fomentar la utilización de los permisos parentales por el colectivo de empleados varones (art. 4,5)

CUARTO.- Tal como pone de relieve la demandante, la interpretación del tenor literal de la normativa legal y convencional avala el reconocimiento del permiso que el demandante postula.

La regulación del permiso de lactancia nace con la regulación protectora del trabajo de la mujer contenida en la Ley de 13-03-1900, vinculado a la lactancia natural. Su evolución responde a las exigencias sociales derivadas de la progresiva incorporación de la mujer al trabajo y de la necesidad de conciliar tiempo de trabajo y vida familiar y profesional. La desvinculación de su disfrute a la efectividad de la lactancia es patente en la evolución normativa tras la primera redacción estatutaria, configurándose legalmente con la finalidad de cuidado del menor en los primeros meses de su vida, que pueden llevar a cabo ambos progenitores.

Así, en la actual redacción introducida por la disposición final 1ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio, la madre deja de ser la titular exclusiva del derecho, pues pasa a configurarse como un derecho individual de “los trabajadores”, hombres o mujeres, cuyo ejercicio únicamente se limita al ejercicio excluyente entre los progenitores del menor -del mismo o distinto sexo- en caso de que ambos trabajen. Y ello comporta la necesidad de desvincular al progenitor/a de su condición de trabajador cuando no es quien ejerce el permiso, haciendo por ello inexigible su condición de trabajador por cuenta propia o ajena.

No se trata por ello de residenciar el debate en el binomio padre-madre trabajadores, pues a lo que atiende la actual regulación es a facilitar al progenitor que trabaje el cuidado del menor, corresponsabilizándose con las cargas familiares y ejerciendo el derecho a la conciliación de su vida familiar con su condición de trabajador o trabajadora por cuenta ajena.

QUINTO.- La regulación ha superado la inicial atribución preferente a la madre trabajadora, que avaló en su día la STC 109/1993, 25 marzo sobre la base de la mayor dificultad de la mujer en la conservación del empleo, reconociendo indistintamente el derecho al disfrute por uno de los progenitores, sin que exija la norma que ambos sean trabajadores.

A tal afirmación tampoco se opone la regulación convencional, contenida en el art. 30 del Convenio de empresa, pues únicamente hace referencia a la posibilidad de disfrute indistinto por la madre y el padre cuando ambos trabajen,



no excluyendo el disfrute de uno de ellos cuando el otro no trabaja por cuenta propia o ajena.

No es preciso por ello acudir a la doctrina de las Salas de lo Social de los TSJ citada, en tanto parte de la anterior regulación del permiso de lactancia en su interpretación literal, que es la que se sometió al TJCE a través de cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia y dio lugar a la sentencia de 30-09-2010, que declaró contraria a la Directiva 76/207/CEE la denegación de un permiso de lactancia a un trabajador, debido a que la madre del niño no tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena, aunque sí lo era por cuenta propia. Tampoco continúa vigente la Directiva 76/207/CE, que tras ser modificada por la Directiva 2002/73/CE, fue derogada finalmente por la Directiva 2006/54/CE, que refunde normas anteriores en cuestiones de igualdad en el empleo.

SEXTO.- Ello permite obviar las dudas interpretativas que asistían al Magistrado que suscribió el voto particular a la STSJ del País Vasco, de 4-10-2011 y la necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJCE, pues donde la norma no excepciona, tampoco debe hacerlo el intérprete, que debe adoptar una línea interpretativa acorde a la actual configuración del permiso, como una medida de conciliación de la vida familiar y laboral, de la que no podría excluirse al trabajador o trabajadora en función de la situación laboral del otro progenitor.

En suma, ni está justificada la concesión prioritaria a la madre -a valorar en función de las circunstancias concurrentes cuando ambos progenitores trabajen, de existir discrepancia-, ni la negativa del derecho cuando ésta no trabaje, en tanto perpetuaría una división de roles entre los progenitores, que no puede considerarse acorde al principio de igualdad de trato y no discriminación reconocidos en la Directiva 2006/54/CE y también contribuiría a limitar las posibilidades de acceso o reincorporación de la mujer no trabajadora al empleo. Destacar al respecto que en el supuesto que nos ocupa la esposa del demandante estaba en situación de desempleo, que reanudó al finalizar la prestación por maternidad, habiendo por ello suscrito el preceptivo compromiso de actividad para acceder a las prestaciones de desempleo (art. 207 c) LGSS. Dicho compromiso consiste, entre otras obligaciones, en la búsqueda activa de empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad (art. 231, 2 LGSS) y, consecuentemente, implica la necesidad de conciliación de su vida familiar que podría limitarse de existir imposibilidad de compartir la atención del menor en sus primeros meses de vida con el progenitor/a en activo, lo que resultaría contrario a la paridad que demanda la regulación comunitaria.

SÉPTIMO.- Por los argumentos expuestos, tal como se anticipó, en el supuesto que nos ocupa, en que sólo trabaja el padre, ostenta éste el derecho al disfrute del permiso de lactancia, que debe ser reconocido en las condiciones solicitadas, al no constar expresa oposición a las mismas y ser acordes a la regulación legal y convencional, debiendo declararse el derecho a reducir en una hora su jornada diaria de trabajo para la lactancia de su hijo menor de nueve meses, de 15:00 a 16:00 horas desde el día siguiente a la notificación de

la sentencia hasta el 5-06-2013, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

OCTAVO.- Según disponen los arts. 139, 1 b) y 191, 2 f) de la Ley 36/2011 de 10 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), no procede la interposición de recurso.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por D. XXX frente a la mercantil **TELFÓNICA MÓVILES, S.A. en reclamación por DERECHO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL (PERMISO POR LACTANCIA)** y declaro su derecho a reducir en una hora la jornada diaria de trabajo para la lactancia de su hijo menor, de 15:00 a 16:00 horas, desde el día siguiente a la notificación de la sentencia hasta el 5-06-2013, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y al cumplimiento de lo acordado.

Notifíquese esta sentencia a las partes y hágaseles saber que contra la misma conforme a lo dispuesto en el art. 139, 1 b) y 191, 2 f) LRJS no procede interponer recurso.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓ. El mateix dia la magistrada jutgessa que la signa ha publicat i llegit la Sentència anterior. Se n'ha inserit l'original al llibre de sentències i se n'ha incorporat a les actuacions una certificació literal. Tot seguit es remet a cada una de les parts un sobre per correu certificat amb justificant de recepció amb una còpia de la Sentència, d'acord amb el que disposa l'article 56 i concordants de la Llei 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicció Social. En dono fe.