



Roj: **STSJ PV 1852/2024 - ECLI:ES:TSJPV:2024:1852**

Id Cendoj: **48020340012024101215**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **22/05/2024**

Nº de Recurso: **258/2024**

Nº de Resolución: **1268/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Bilbao, núm. 7, 06-11-2023 (proc. 831/2023),
STSJ PV 1852/2024**

RECURSO N.º: Recursos de Suplicación, 0000258/2024 **NIG PV 4802044420230010013 NIG CGPJ 4802044420230010013**

SENTENCIA N.º: 001268/2024

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 22 de mayo de 2024.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. Juan Carlos Iturri Garate, Presidente en funciones, D. Florentino Eguaras Mendiri y D^a Maite Alejandro Aranzamendi, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Edurne contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 7 de los de BILBAO de fecha 6/11/23, dictada en proceso sobre Derecho de Lactancia, y entablado por Edurne frente a RESIDENCIA NOSTEM S.L..

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D.^a Maite Alejandro Aranzamendi, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

PRIMERO. - Edurne con D.N.I. nº NUM000 , mayor de edad, venía trabajando por cuenta y órdenes de la empresa demandada, Categoría profesional: gericultora- Antigüedad reconocida 19/6/2014 Salario: 1812,90 euros.

SEGUNDO. - Resultaba de aplicación el Convenio Colectivo del Sector Tercera Edad de Bizkaia.

TERCERO: La actora desde el 21/6/2023 a 17/10/2023 se encontraba en situación de permiso por maternidad por parto múltiple de dos hijos.

CUARTO: El 14/9/2023 solicito a la empresa acumulación del permiso de lactancia, en los siguientes términos :



" Eurne con D.N.I. Num. NUM000 trabajadora de esta empresa, por medio de la presente comunico:

Primero. - Que el día 17 de octubre de 2023 termina mi baja de maternidad.

Segundo. - Que atendiendo al ART. 33 del convenio de residencias privadas de Bizkaia comenzaría el 18 de octubre del 2023 mi licencia de lactancia.

Tercero. - Que siendo parto múltiple me corresponde 42 días de licencia de lactancia que irían del 18 de octubre al 28 de noviembre (ambos inclusive) como reconoce el convenio de residencias de Bizkaia y ART. 37.4 E. T

Cuarto. - Incorporándome a mi puesto de trabajo según mi cartelera el 30 de noviembre del 2023

Por todo ello, SOLICITO a la empresa que conteste al presente escrito con la antelación debida. Entendiendo que la falta de respuesta sería la aceptación de dicha licencia. Sin otro particular, reciban un cordial saludo, solicitando respuesta escrita a la presente comunicación."

QUINTO: El 26/9/2023 la actora recibió contestación denegatoria a su solicitud mediante escrito fechado a 22/9/2023, del siguiente tenor literal :

"DON Jose Ignacio , mayor de edad, provisto de DNI n: NUM001 su condición de Director de la Residencia DomusVi Arandina (ResidenciasNostem, S.L.U.) con CIF n B95389854 comparece y DICE:

PRIMERO. - Que en fecha 14 de septiembre la trabajadora dona Eurne presento escrito en el cual solicitaba disfrutar del permiso de lactancia de forma acumulada de acuerdo a lo contemplado en el artículo 33 de vigente Convenio de Residencias de Bizkaia y el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores .

SEGUNDO. - Que en dicho escrito y teniendo en cuenta que había sido un parto múltiple (gemelar) solicitaba que el periodo de disfrute de dicha licencia fuera de 42días.

TERCERO. - Que en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con permisos y licencias se establece lo siguiente: Una hora de ausencia, con posibilidad de dividirlo en dos fracciones, para cuidado del lactante hasta los nueve meses, que en caso de nacimiento múltiple se incrementará proporcionalmente, en el caso que nos ocupa al ser gemelar supondrá dos horas de ausencia del trabajo. Posibilidad de acumular este permiso en jornadas completas en los términos establecidos en la negociación colectiva."4. 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.

CUARTO. - Que en el artículo 33 del vigente Convenio de Residencias de Bizkaia al tratar el tema de la Reducción de la Jornada por lactancia establece lo siguiente: La licencia de una hora, con posibilidad de distribuirla en dos fracciones, para cuidado del lactante. "El personal, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrá derecho a una hora de ausencia retribuida de trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. La opción alternativa de acumular este permiso en jornadas completas estableciendo el tiempo de disfrute en 3 semanas. "Este derecho podrá ser sustituido, a opción de la madre trabajadora, por tres semanas más de licencia retribuida que deberán ser disfrutadas a continuación del permiso por maternidad."

SEXTO. - Conforme al art 64.1 LRJS, este procedimiento no requiere la celebración de Acto de Conciliación

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

DESESTIMAR la demanda formulada por Eurne contra la empresa demandada RESIDENCIA NOSTEM, S.L., no reconociendo el derecho a la opción de la lactancia acumulada de 42 días por parto múltiple.

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado por RESIDENCIA NOSTEM SL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El juzgado de lo social número siete de Bilbao ha dictado sentencia el 06/11/2023 en el procedimiento sobre reclamación de permiso por lactancia en el que se ha discutido, en concreto, la duración del permiso de lactancia previsto en el artículo 37.4 ET y el convenio colectivo aplicable, que en este supuesto



es el sectorial de los centros de la tercera edad de Bizkaia, cuando la madre trabajadora actora ha optado por la acumulación del permiso en días completos en caso de parto múltiple, en este caso de gemelos.

El supuesto de hecho acreditado es el de la actora, que viene prestando servicios como gericultora y ha disfrutado del permiso por maternidad por parto múltiple de dos hijos y solicita, al amparo del artículo 33 del referido convenio colectivo, acumular a continuación 42 días (6 semanas) de permiso de lactancia, reincorporándose después. La empresa demandada RESIDENCIA NOSTEM SL le reconoce solo 21 días (3 semanas).

La sentencia ha desestimado la demanda, considerando que no existe cobertura legal ni convencional para incrementar proporcionalmente, en caso de partos múltiples, la duración de la ausencia al trabajo cuando la madre opta por la acumulación de las horas en jornadas completas, pudiendo hacerlo en este caso solo en 21 días y no en 42. Aplica la doctrina contenida en la STS 11/11/2009 y 20/06/2005, que cita.

Frente a dicha sentencia ha recurrido la parte actora en suplicación, solicitando se declare el derecho a tres semanas de permiso de lactancia por cada menor, es decir, se reconozca un total de seis semanas de permiso de lactancia. Lo hace a través de un único motivo de censura jurídica.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada, que ha solicitado se confirme la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El motivo único del recurso, al amparo del artículo 193 c LRJS, denuncia la vulneración del artículo 37.4 ET y artículo 33 del convenio colectivo aplicable en relación con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia 823/2020 (sobre los criterios para la interpretación de los convenios colectivos) así como el artículo 3 y 1281 y siguientes del Código civil, incurriendo en la vulneración del derecho a la igualdad del menor ex artículo 14 y 39 CE, igualmente el artículo 14 CE sobre la madre progenitora; y con ello, la Ley orgánica 3/2007 del 22 de marzo y el actual Real decreto ley 6/2019.

Discrepa la recurrente de la interpretación que la juzgadora realiza sobre el convenio colectivo aplicable, entiende que no es aplicable a este supuesto la doctrina contenida en la sentencia STS 11/11/2009 en la que se basa la instancia, y solicita una interpretación que no implique una discriminación sobre el derecho de lactancia en los menores de partos múltiples respecto a los partos de un solo menor porque vulnera los artículos 14 CE, 39 CE, Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo en su exposición de motivos, el actual Real decreto ley 6/2019, el derecho a la debida conciliación de la vida familiar y laboral, la Convención sobre los derechos del niño, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en sus artículos 21-24.

Vamos a estimar el motivo, pues compartimos los argumentos del recurso.

La sentencia recurrida desestima la demanda y rechaza que la actora tenga derecho a acumular seis semanas de permiso de lactancia, confirmando el criterio empresarial de que únicamente le corresponden tres, aplicando la doctrina de la STS 11/11/2009 rcud 133/2008, sentencia que razonaba que el ET remite a la negociación colectiva la regulación del permiso de lactancia mediante acumulación en jornadas completas e interpretaba el CCOL de los grandes almacenes (BOE 27/04/2006) entendiendo que si ese convenio colectivo establece determinados días de ausencia en caso de que la madre opte por la acumulación del permiso eso es un tope porque afecta a la organización de la empresa y no cabe interpretar que en caso de parto múltiple de gemelos tenga derecho al doble.

Partimos de que el ET artículo dispone en su artículo 37.4:

"4. En los supuestos de nacimiento, (...), 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 (...) 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 (...)

Y el CCOL de residencias de Bizkaia como artículo 33 (BOB 09/02/2018), vigente en la fecha de la sentencia recurrida:

"Reducción de la jornada por lactancia.

El personal, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrá derecho a una hora de ausencia retribuida de trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. Se podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en una hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.



La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada prevista en este artículo corresponden al personal dentro de su jornada ordinaria.

Este derecho podrá ser sustituido, a opción de la madre trabajadora, por tres semanas más de licencia retribuida, que deberán ser disfrutadas a continuación del permiso por maternidad".

Vemos cómo es cierto que el ET prevé la ampliación de periodo de disfrute de la licencia de lactancia para el caso de partos múltiples solo para el caso de que la licencia se disfrute en la modalidad de una hora de ausencia. Y que la alternativa del disfrute de esa licencia en jornadas acumuladas se remite por el ET a la regulación a través de la negociación colectiva. En nuestro caso en el convenio colectivo aplicable se dispone la duración de ese permiso en el periodo acumulado de tres semanas y nada se establece expresamente al respecto de parto múltiple.

La juzgadora ha interpretado que ello significa que por ello hemos estar a lo que dispone el ET y que cuando se opta por la acumulación, como es el caso, no se aplica una regla proporcional, por cuanto que el convenio colectivo no lo establece expresamente.

No compartimos dicha interpretación y entendemos que se impone una interpretación de la norma convencional más favorable al interés del menor y a la conciliación de la vida laboral y familiar, como valores constitucionales recogidos en los artículos 14 y 39 CE (artículo 5.1 LOPJ).

En primer lugar, entendemos que la doctrina contenida en la sentencia TS 11/11/2009 rcud 133/2008 en que se basa la instancia no es aplicable a este caso concreto. La misma literalidad del precepto que regula esta materia en el convenio colectivo aplicable a la relación laboral entre las partes, el sectorial de residencias de Bizkaia (BOB 09/02/2018) -artículo 33 transcrito-, permite la interpretación que se pretende por la recurrente ya que habla de una hora diaria de ausencia sustituible por tres semanas acumuladas por "un hijo". En este sentido, la redacción difiere de la del convenio colectivo de los grandes almacenes que dió lugar a citada sentencia del Tribunal Supremo de 11/11/2009 rcud 133/2008, por lo que cabe realizar una interpretación diferente adaptada a las particularidades del caso concreto, que no conduce a entender que esas tres semanas constituyen un tope. Otra cosa es que el convenio colectivo hubiera limitado expresamente el incremento proporcional de la licencia retribuida por lactancia para el caso de parto múltiple, lo que no hace, por lo que tampoco podemos interpretar que la voluntad de los negociadores fuera contraria a esa regla de proporcionalidad.

En segundo lugar, consideramos que la doctrina contenida en esa sentencia del TS de 2009 no resulta aplicable a este supuesto concreto ya que se dictó hace 15 años, mereciendo que esta sala realice una labor interpretativa adaptada al contexto de la realidad social actual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1 Código Civil, y es que en la sociedad están imperando de manera cada vez más clara los valores de la conciliación del derecho a la vida laboral y familiar, con dimensión constitucional (STC 26/11 de 14/03/2011) tras la incorporación de la mujer de forma normalizada al trabajo y desde una perspectiva favorecedora de políticas contrarias a la discriminación por razón de género; y que tenga también en cuenta como valor transversal el interés del menor, que aparece en la normativa internacional e interna cada vez más como un criterio determinante a la hora de adoptar cualquier medida que afecte a los menores de edad.

A este respecto, resulta indiscutible que el permiso de lactancia intenta proteger también el interés superior del menor, y resulta también evidente que se perjudica al menor cuando no se favorece la mayor implicación personal por parte de su madre no reconociéndole una duración del permiso de lactancia proporcional al número de su prole. También perjudica el derecho de la madre a la conciliación de la vida familiar y personal, como vertiente del derecho a la no discriminación por razón de género y puede suponer una discriminación frente a los partos de un solo menor en una interpretación no favorable a los artículos 14 CE, 39 CE, Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo en su exposición de motivos y el actual Real decreto ley 6/2019, el derecho a la debida conciliación de la vida familiar y laboral.

Debemos por ello acudir a los principios derivados de la normativa internacional, como la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, que fue ratificada por España el 6 de diciembre de 1990 (BOE 31/12/1990), -refiriéndose el motivo en concreto a los artículos 2.2, 3 y 26- lo que viene exigido en aplicación del artículo 10.2 CE que dispone que la interpretación de las normas, cuando afecten a derechos fundamentales, se hará de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España, tratados que de acuerdo con el artículo 96.1 CE, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento jurídico interno, disponiendo también el artículo 31 de la Ley 25/2014 del 27 de noviembre, sobre tratados y otros acuerdos internacionales, su prevalencia sobre el ordenamiento interno.

En concreto, el artículo 3.1 de la referida Convención de los derechos del niño proclama claramente "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los



tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Y el artículo 39.4 CE dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Por otro lado, el artículo 2 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, en la redacción introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia establece: "1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

El interés superior del menor se ha convertido así en un criterio determinante para solicitar y adoptar cualquier medida que afecte a los menores de edad, y ha dejado de ser un concepto jurídico indeterminado para pasar a convertirse en un principio jurídico interpretativo fundamental e incluso una norma sustantiva y de procedimiento. En este sentido se ha establecido en la Observación General número 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de los derechos del niño, sobre el derecho de que el interés superior del niño sea una consideración primordial, debiendo evaluarse caso por caso, siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, eligiéndose la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño en el caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación, como es este el caso.

En definitiva, concluimos que la sentencia ha cometido las infracciones denunciadas al no haber tenido en cuenta estas consideraciones y estimamos el motivo lo que conlleva la del recurso y la estimación de la demanda debiendo aplicarse la regla de la proporcionalidad en la duración del permiso de lactancia para partos múltiples, resultando que para "dos hijos" son 6 semanas.

TERCERO.- En materia de costas es aplicable lo dispuesto en el artículo 235 LRJS.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la letrada, doña les Urigoitia Martínez en representación de doña Eburne frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo social número siete de Bilbao el 06/11/2023 en su procedimiento sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral número 831/2023 seguido a instancias de la recurrente contra RESIDENCIA NOSTEM SL. Se revoca la sentencia y se estima la demanda, declarando el derecho de la actora a tres semanas de permiso de lactancia por cada uno de sus hijos menores condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración con los efectos legales que procedan. Sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.



Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del BANCO SANTANDER, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del BANCO SANTANDER, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699000066025824.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699000066025824.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.