

CASACION núm.: 322/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sagrario Plaza
Golvano

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Social

Sentencia núm. 339/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 22 de febrero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Abogado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, actuando en representación legal y defensa de la misma contra la sentencia núm. 202/2021, de 14 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, autos de Conflicto Colectivo núm. 6/2020, a instancia de D.^a Magdalena Massot Servera, en nombre y representación de la Federació de Sindicats Independents d' Ensenyament de les Illes Balears (FSIE) frente a la Consejería de Educación, Universidad e Investigación de las Islas Baleares representada por el letrado de la C.A.I.B, Associació Autònoma Educació i Gestió Escola Catòlica de les Illes Balears, representada por el letrado D. Marc González Sabater, Unió Cooperativa de Treball Associat de les Illes Balears, representada por el letrado D. Luis Carlos Zafra Moreno, Asociación Provincial

de Centros de Enseñanza de las Islas Baleares (ACENEB-CECE), representada por la letrada D^a. Ana Pérez Martí, Comisiones Obreras (CCOO), no comparecida, Unión Sindical Obrera (USO), representada por el letrado D. Carles Juanes Sitjar, Sindicat de Treballadors Ensenyament Illes Balears (STEI), representada por el letrado D. Andrés Castell Feliu, y Unión General de Trabajadores (UGT), representada por el letrado D. Francisco Lobato Jiménez.

Han comparecido, la Federació de Sindicats Independents d' Ensenyament de les Illes Balears (FSIE), Associació Autònoma Educació i Gestió Escola Catòlica de les Illes Balears, representada por el letrado D. Marc González Sabater, Unió Cooperativa de Treball Associat de les Illes Balears, representada por el letrado D. Luis Carlos Zafra Moreno, Asociación Provincial de Centros de Enseñanza de las Islas Baleares (ACENEB-CECE), representada por la letrada D^a. Ana Pérez Martí, Unión Sindical Obrera (USO), representada por el letrado D. Carles Juanes Sitjar, Sindicat de Treballadors Ensenyament Illes Balears (STEI), representada por el letrado D. Andrés Castell Feliu, y Unión General de Trabajadores (UGT), representada por el letrado D. Francisco Lobato Jiménez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por la letrada D^a. Magdalena Massot Servera, en nombre y representación de la Federació de Sindicats Independents d' Ensenyament de les Illes Balears (FSIE), se presentó demanda de conflicto colectivo frente a la Consejería de Educación, Universidad e Investigación de las Islas Baleares, Associació Autònoma Educació i Gestió Escola Catòlica de les Illes Balears, Unio Cooperativa de Treball Associat de les Illes Balears, Asociación Provincial de Centros de Enseñanza de las Islas Baleares (Aceneb-Cece), Comisiones Obreras (CCOO), Unión Sindical Obrera (USO), Sindicat de



Treballadors Ensenyament Illes Balears (STEI), y Unión General de Trabajadores (UGT), de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y en la que, tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: «Primero.- Se declare el derecho de los trabajadores de la enseñanza concertada de las Islas Baleares del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos a poder disfrutar de la acumulación de lactancia y posteriores períodos de excedencia o permisos no retribuidos aunque el hijo tenga menos de nueve meses, sin ninguna limitación, condicionante, impedimento ni detracción económica para el trabajador, la empresa o el trabajador sustituto;

Segundo.- Se declare el derecho de los trabajadores de la enseñanza concertada de las Islas Baleares del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos a poder disfrutar de la acumulación de lactancia y posteriores períodos de permisos no retribuidos, aunque el hijo tenga menos de nueve meses, sin ninguna limitación, condicionante, impedimento ni detracción económica para el trabajador, la empresa o el trabajador sustituto.

Tercero.- Se declare el derecho de los trabajadores de la enseñanza concertada de las Islas Baleares del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos a poder disfrutar de la acumulación de lactancia después de la finalización de cualquier período fraccionado de la baja por maternidad o paternidad independientemente de la edad del hijo causante del derecho. Es decir, que puedan disfrutar de los 30 día de la acumulación de lactancia después de la finalización de cualquier período fraccionado de la baja por maternidad o paternidad y que esto sea compatible con una edad superior a 9 meses del hijo causante del derecho».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 14 de junio de 2021, se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en la que consta el siguiente fallo: «Estimando en parte la demanda presentada por la representación de Federació de Sindicats Independents d'Ensenyament de les Illes Balears,





contra Associació Autònoma Educació i Gestió Escola Catòlica de les Illes Balears, Unió Cooperativa de Treball Associat de les Illes Balears, Consejería de Educación, Universidad e Investigación de las Islas Baleares, Asociación Provincial de Centros de Enseñanza de las Islas Baleares, Comisiones Obreras, Unión Sindical Obrera, Sindicat de Treballadors Ensenyament Illes Balears, y Unión General de Trabajadores, procede reconocer el derecho del profesorado de la enseñanza concertada de las Islas Baleares del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos a disfrutar la acumulación de lactancia y posteriores períodos de excedencia o permisos no retribuidos aunque el hijo tenga menos de nueve meses, sin limitación o detracción económica».

CUARTO. - En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El VI convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos establece en su artículo 41 como “los trabajadores, por lactancia de un hijo menor de nueve meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, retribuida, que podrán dividir en dos fracciones”, añadiendo que “Mediante acuerdo entre empresa y trabajador, el derecho recogido en el párrafo anterior, podrá acumularse en jornadas completas, disfrutándose, de una sola vez, inmediatamente después de que finalice la baja por maternidad”.

SEGUNDO. El pacto primero sobre permiso de lactancia del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 mayo 2016 y que comportó la aprobación del Acuerdo de reprogramación del acuerdo de 2008 y otras mejoras socio-laborales que conciernen al profesorado de la enseñanza privada concertada de las Islas Baleares -firmado el 10 febrero 2016- establece que el permiso de lactancia de una hora diaria de un hijo menor de 9 meses puede ser acumulado al permiso de maternidad/paternidad con una licencia de duración de 30 días naturales.

TERCERO. Según comunicación publicada el 21 febrero 2020 por la Jefatura del Departamento de enseñanza concertada “en caso de que se haya disfrutado de una excedencia o de un permiso sin sueldo la Consejería no financiará la nómina ni la seguridad social del sustituto por acumulación de lactancia”, habiendo sido recibida la comunicación anterior de la Consejería de Educación en los centros de enseñanza concertados.

CUARTO. El 20 octubre 2020 fue presentada reclamación previa correspondiente a este conflicto colectivo frente a la Consejería de Educación; y con fecha de 27 octubre 2020 demanda de conciliación ante el Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares».



QUINTO. - Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la Consejería de Educación, Universidad e Investigación de las Islas Baleares, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO. - Impugnado el recurso por Unión General de Trabajadores y Sindicat de Treballadores i Treballadors Intersindical de les Illes Balears (STEI-i), se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de febrero de 2024, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión suscitada en el presente procedimiento de conflicto colectivo radica en determinar si la persona trabajadora puede disfrutar ininterrumpidamente de la acumulación en jornadas de la ausencia en el trabajo por lactancia seguida por otro permiso no retribuido o de la excedencia por cuidado de hijo, sin prestar servicios laborales en el ínterin y sin detracción económica de haberes. Al respecto, la demandada, en el caso de que después de disfrutar del permiso acumulado por lactancia de 30 días, se inste otro permiso no retribuido o una excedencia, detrae del salario los haberes percibidos durante el permiso de lactancia.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares ha dictado sentencia el 14 de junio de 2021, en el proceso de conflicto colectivo seguido bajo el número 6/2020, a instancia de la Federació de Sindicats Independents d' Ensenyament de les Illes Balears (FSIE), frente a la



Consejería de Educación, Universidad e Investigación de las Islas Baleares, estimando la demanda y reconociendo el derecho del profesorado de la enseñanza concertada de las Islas Baleares del Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos a disfrutar de la acumulación de lactancia y posteriores períodos de excedencia o permisos no retribuidos aunque el hijo tenga menos de nueve meses, sin limitación o detracción económica.

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte demandada Consejería de Educación, Universidad e Investigación de las Islas Baleares recurso de casación que se construye en base a tres motivos de recurso: el primero, al amparo del art. 207 d) de la LRJS, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; el segundo y tercero, con amparo en el art. 207 e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Por la Federació de Sindicats Independents d'Ensenyament de les Illes Balears (FSIE), se ha impugnado el recurso, alegando en relación al primer motivo, que no existe error de la Sala a la hora de apreciar la prueba, que los documentos en los que se basa la revisión no influyen en el objeto del proceso, pues sus destinatarios son los funcionarios de la Administración autonómica y, como afirma la sentencia, el conflicto no afecta a los docentes de los centros públicos. En cuanto al motivo segundo, sostiene que no hay infracción de las normas citadas de contrario, que la intención del legislador fue la dejar en manos de la negociación colectiva la concreción del disfrute de la lactancia acumulada. Que, en ese sentido, existe Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de mayo de 2016, con el objetivo de desarrollar el art. 37.4 del ET y el art. 41 del VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, el cual permite la



acumulación de la hora diaria de la lactancia como una licencia de treinta días naturales. Que la interpretación del mismo debe ser aquella más favorable al ejercicio de los derechos de conciliación, dada la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores conforme ha señalado el TC en su sentencia 26/2011. Por lo que se refiere al tercer motivo, señala que los preceptos del TREBEP e instrucciones de la Consejería alegadas por la recurrente, nada tienen que ver con el supuesto examinado en el presente caso. Que, por otro lado, las sentencias aportadas por la recurrente de la Sala de lo Contencioso-administrativa de los TSJ de Asturias y Baleares se refieren a funcionarios. Que la Administración no puede imponer a los docentes de la enseñanza privada concertada de las Islas Baleares, una normativa que no rige su ámbito laboral. En todo caso, alude a los reglas que rigen la interpretación de las normas contenidas en los convenios colectivos y, concretamente, la del Acuerdo del Consejo de Gobierno.

El Sindicato UGT ha impugnado el recurso, alegando en relación al primer motivo, que la misma es intrascendente y que la adición lo único que evidencia es que el personal de la enseñanza pública se ve afectado por la misma problemática que el personal de la concertada. En cuanto al segundo, alega que la sentencia recurrida no infringe precepto alguno, que las partes tuvieron oportunidad de negociar y plasmar la tesis de la recurrente, pero, por el contrario, no dejaron constancia alguna de qué ocurre cuando el trabajador se acoge a su derecho de excedencia y no han transcurrido nueve meses desde la fecha del nacimiento del recién nacido. En relación al tercer motivo, alega que el mismo incide exactamente en la misma cuestión que el anterior, de modo que debe ser igualmente desestimado. Que en todo caso, no habría discriminación, pues los términos de comparación, el personal de enseñanza concertada y el personal que se rige por el EBEP, están regidos por normativas distintas.



El Sindicato de Trabajadores y trabajadoras-Intersindical de las Islas Baleares (STE-I), ha impugnado el recurso, señalando que debe ser desestimado el primer motivo por cuanto se basan en documentos previamente valorados por la Sala, así como, porque la adición pretendida no tiene trascendencia para el fallo. Que en cuanto al motivo segundo y tercero, deben ser igualmente desestimados, ya que la duración del permiso de lactancia se fija en días naturales y no en laborables, de modo que no se vincula al número de horas de ausencia que se habrían generado de haberse disfrutado de la forma prevista legalmente como primera opción, de manera que no existe en la previsión expresa legal/convencional nada que prohíba esta posibilidad de disfrutar la lactancia acumulada seguida de excedencia. Añade que, en la interpretación debida, deben tenerse en cuenta las normas internacionales, como la Convención de los Derechos del niño, o también el principio general del art. 4 de la LOIEMH, 3/2007, de 22 de marzo, así como al amparo del art. 9.2 de la CE, aquella interpretación que resulte más favorable al ejercicio de los derechos de conciliación. Por último, se sostiene que no se vulnera el principio de igualdad pues los ámbitos que se pretenden comparar cuentan con elementos esencialmente diferentes, como para poder apreciar discriminación.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que mantiene la improcedencia del recurso, considerando que el relativo a la revisión fáctica no procede por utilizar documentos ya utilizados por la Sala y por extraer de ellos, la parte recurrente, una distinta conclusión de la que ha sacado la Sala. En cuanto al segundo motivo, debe ser rechazado en la medida en que en la regulación convencional nada se prevé en orden a que con posterioridad al disfrute de la licencia acumulada por lactancia, el trabajador o trabajadora deba prestar servicios efectivos durante el tiempo que queda hasta cumplir el menor 9 meses. En cuanto al tercer motivo, el mismo debe ser igualmente desestimado, pues se trata de una invocación retórica, ya que la cuestión litigiosa no se refiere en modo alguno a los funcionarios.



SEGUNDO.- En su primer motivo de recurso, como decimos, la Administración recurrente alega error en la apreciación de la prueba. En concreto, se peticiona la adición de un nuevo hecho probado cuyo ordinal sería el quinto o, como añade, en buena lógica distributiva de Hechos Probados y dejándolo por supuesto a mejor criterio de esta Sala, debería intercalarse entre los actuales Tercero y Cuarto, para convertirse en el Cuarto y el actual Cuarto pasaría a ser el Quinto.

La redacción que se propone para este nuevo Hecho Probado sería la siguiente: «La Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares aplica tanto para los funcionarios de la Administración General, como para los docentes de la Administración educativa y a los estatutarios de la Administración sanitaria el mismo criterio de la incompatibilidad de disfrute de la lactancia acumulada y sin solución de continuidad el de un disfrute de una excedencia por cuidado de hijos o de cualquier otro permiso no retribuido antes de que el hijo cumpla la edad fijada para la duración de la lactancia ordinaria. Y en caso de que así se pretenda disfrutar se insta al reintegro de los haberes percibidos por la lactancia acumulada en la proporción correspondiente».

La adición fáctica interesada se sustenta en los documentos obrantes como números 4, 8 y 9 del ramo de prueba de la Administración Pública demandada, de cuyo contenido-añade-, se refleja la situación real que se generaría de discriminación material y agravio comparativo entre el personal directamente dependiente de la Administración de la Comunidad Autónoma y el personal retribuido en pago delegado sufragado con fondos públicos como docentes de la enseñanza privada en régimen de concertada. Entre ellos, resalta el Doc. Núm. 4, que trata de las Instrucciones internas dictadas para el disfrute de la lactancia acumulada de los docentes que prestan servicios en los centros de enseñanza pública.

La adición no puede prosperar ya que se revela intrascendente para la cuestión litigiosa planteada en la instancia y, ahora, en el recurso. La cuestión a dilucidar no es la supuesta discriminación entre el personal de los colegios concertados en relación con el personal docente funcionario de la



Administración autonómica o viceversa, pues precisamente a ambos colectivos la Administración autonómica les aplica el mismo criterio de la incompatibilidad de disfrute de la lactancia acumulada y, sin solución de continuidad, el de un disfrute de una excedencia por cuidado de hijos o de cualquier otro permiso no retribuido antes de que el hijo cumpla los nueve meses. La comparación entre ambos colectivos y su posible discriminación de mantener la tesis de la sentencia recurrida no es un elemento de partida, de modo que no puede servir como argumento válido para su defensa, tanto más cuanto, el régimen jurídico de uno y otro colectivo es dispar. La propia parte recurrente admite que la adición no influye sobre el núcleo y fundamento principal del objeto de la controversia del litigio, sino que su afectación es colateral y alude a continuación a las consecuencias de mantener el fallo de la sentencia recurrida. No es la discriminación entre colectivos la que funda la demanda ni tampoco la que funda la estimación de la misma, de manera que la adición, insistimos, no es trascendente.

TERCERO. - Como segundo motivo del recurso y, al amparo del apartado e) del art. 207 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 37.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, puesto en relación y con infracción del art. 41 del VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, aprobado por Resolución de 30 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica (BOE nº 197, de 17/08/2013) y con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de mayo de 2016, de aprobación del Acuerdo de reprogramación del Acuerdo del 2008 y de otras mejoras sociolaborales (BOIB nº 67, de 28/05/2016), en relación con el art. 46 del ET, el art. 39 del VI Convenio referenciado, y todos ellos, en fundamental relación con el art. 3.1 del Código Civil.

El art. 37.4 del ET dispone: «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 [...]

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»

Por su parte, el art. Art. 41 del VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, establece que: «Lactancia. Los trabajadores, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, retribuida, que podrán dividir en dos fracciones. Este permiso sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. Mediante acuerdo entre empresa y trabajador, el derecho recogido en el párrafo anterior, podrá acumularse en jornadas completas, disfrutándose, de una sola vez, inmediatamente después de que finalice la baja por maternidad. El personal en pago delegado podrá acumular el tiempo de lactancia, siempre que exista un acuerdo al respecto entre la Administración educativa correspondiente y las organizaciones empresariales y sindicales por mayoría de su respectiva representatividad, o así se contemple en las Instrucciones o resoluciones administrativa dictadas al efecto. La concreción horaria y el periodo de disfrute del permiso de lactancia corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar al empresario con quince días de antelación, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia»

El precepto permite que el personal en pago delegado pueda acceder a la acumulación del tiempo de lactancia, siempre que exista un acuerdo al respecto entre la Administración educativa correspondiente y las organizaciones empresariales y sindicales por mayoría de su respectiva representatividad, lo que en efecto se ha producido, ya que se ha elaborado y firmado dicho pacto mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de mayo de 2016 de aprobación del Acuerdo de reprogramación del Acuerdo del 2008 y de otras mejoras socio-laborales del profesorado de la enseñanza privada concertada de las Illes Balears firmado el 10 de febrero de 2016.



En este Acuerdo se reconoce la posibilidad de que el permiso de lactancia de una hora diaria de un hijo menor de 9 meses puede ser acumulado al permiso de maternidad/paternidad con una licencia de 30 días naturales.

Sostiene la recurrente que la acumulación parte de la premisa y de la esencia de lo que es el permiso de lactancia, esto es, una ausencia de una hora diaria hasta que el lactante cumpla nueve meses. Añade que la voluntad el legislador fue la de que la lactancia ordinaria solo puede ser hasta que el lactante cumple nueve meses y en situación de efectiva prestación de servicios de la persona trabajadora, de modo que lo mismo sucede cuando se sustituye la lactancia ordinaria por la modalidad acumulada y que, en el caso concreto, a partir de ahí, se regulan las instrucciones para su solicitud y disfrute, sin hacer mención a cualquier otra situación laboral a la que se puedan acoger los trabajadores de forma posterior, ya sean con respecto a la solicitud de eventuales excedencias o cualquier otro permiso no retribuido, dado que el Acuerdo lo que regula es el permiso por lactancia y no posibles compatibilidades o incompatibilidades con otras situaciones que permiten conciliar la vida personal y familiar con la laboral. Añade que dicho Acuerdo fue suscrito sin ningún reparo por la entidad sindical impulsora del presente Conflicto Colectivo; lo mismo que el resto de entidades que fueron parte, tal y como figuran en el Anexo del mismo.

El conflicto colectivo atañe al permiso de lactancia en su modalidad de acumulación de jornadas que, en el caso concreto, se establece como una licencia de 30 días naturales. Estamos, por tanto, ante un derecho de conciliación de las personas trabajadoras. El hecho de que el permiso de lactancia lo puedan disfrutar tanto el padre como la madre no incide en su naturaleza jurídica de derecho de conciliación de la vida familiar y laboral. Este derecho de acumulación por jornadas resulta afectado en el caso concreto, cuando la persona trabajadora, a continuación, solicita otro tipo de permiso no retribuido, como una excedencia, ya que la Administración





demandada se niega a financiar la nómina y la Seguridad Social del trabajador que sustituye al titular del permiso por acumulación de lactancia. De ahí la pretensión del presente conflicto en orden a que se declare el derecho de los trabajadores de la enseñanza concertada de las Islas Baleares del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos a poder disfrutar de la acumulación de lactancia y posteriores períodos de excedencia o permisos no retribuidos aunque el hijo tenga menos de nueve meses, sin ninguna limitación, condicionante, impedimento ni detracción económica para el trabajador, la empresa o el trabajador sustituto.

El art. 37.4 del ET antes citado contiene una norma de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por una norma convencional y, una vez regulada la acumulación en un convenio colectivo, deberá estarse a lo allí establecido, pudiendo mejorar las previsiones legales en beneficio del trabajador, como dijimos en nuestra sentencia núm. 570/2022, de 22 de junio en el recurso núm. 73/2020, con cita en otras de esta misma Sala (de 20 de junio de 2005, recurso 83/2004 y 19 de abril de 2018, recurso 1286/2016). Por cierto, en dicha sentencia 570/2022, confirmamos la SAN núm. 9/2020, de 21 de enero, conflictos colectivos acumulados 245/2019 y 5/2020, que es la resolución judicial en la que se sustenta ahora la recurrida para estimar la demanda de conflicto colectivo.

En este caso, el Convenio Colectivo permite la acumulación y sustitución de la hora de ausencia por lactancia en jornadas completas a disfrutar de una sola vez a continuación del permiso por nacimiento de hijo (maternidad/paternidad) y, esa acumulación, en el Acuerdo relativo al personal de pago delegado se traduce en una licencia de treinta días naturales.

Esta Sala ha venido sosteniendo que las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya



desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, que proclama nuestra constitución, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales citados. Así lo dijimos en nuestra sentencia núm. 379/2023, de 25 de mayo (rcud. 1602/2020).

En ella, mencionamos la STC 233/2007 y otras posteriores, las cuáles han venido afirmando que la restricción de estos derechos o la atribución de efectos laborales desfavorables a su ejercicio «conecta íntimamente con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras» y que «constituye discriminación indirecta el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo. Obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla» y que «la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística; en su caso a datos estadísticos actualizados de oficio por el tribunal (STC 253/2004, FJ 8)».

También procede mencionar nuestra sentencia núm. 983/2023, de 21 de noviembre (rcud. 3576/20202), dónde citábamos la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 11 de abril, según la cual «la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores (...), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva



de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares».

A la luz de dicha doctrina, procede confirmar la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que, en el análisis e interpretación, no procede acudir a la regulación legal, como hace la parte recurrente, sino a la pactada en el Acuerdo en cuestión, en el que nada se prevé en orden a que con posterioridad al disfrute de la licencia acumulada por lactancia, el trabajador o trabajadora deba prestar servicios efectivos durante el tiempo que queda hasta cumplir el menor 9 meses, a los efectos de poder disfrutar a continuación de un permiso no retribuido o una excedencia. Es más, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de mayo de 2016 establece que el permiso de lactancia de una hora diaria de un hijo menor de 9 meses puede ser acumulado al permiso de maternidad/paternidad con una licencia de duración de 30 días naturales, de modo que configura un permiso de conciliación desvinculado de la efectiva lactancia del menor y de un devengo diario en el futuro. Por otro lado, nada indica ni contiene una prohibición acerca de que con posterioridad puedan ejercerse otros permisos o derechos de conciliación como lo son la excedencia o, en general, otros permisos no retribuidos.

Desde una perspectiva finalista, la interpretación de la Administración recurrente desnaturalizaría el permiso de lactancia que es un permiso retribuido y cuya finalidad esencial es la de prolongar el tiempo del cuidado del menor en esa fase tan temprana, inmediatamente después del permiso por nacimiento de hijo (maternidad/paternidad), pues la práctica cuestionada de no financiar la nómina o la seguridad social del trabajador sustituto, restringe, de facto, el disfrutar de la lactancia en su modalidad por acumulación si, con posterioridad, la persona trabajadora desea acceder a otro permiso, como la excedencia u otro permiso no retribuido. Debe tenerse en cuenta que la



modalidad de lactancia por acumulación de jornadas es un modo concreto de ejercer y disfrutar de un permiso de conciliación, precisamente la modalidad más favorable para el cuidado del menor. El referido Acuerdo permite expresamente la unión entre esa licencia por lactancia de 30 días naturales y el anterior permiso de nacimiento de hijo, sin solución de continuidad, sin exigir período efectivo de prestación de servicios entre ellos, de modo que atiende a la necesaria continuidad en los cuidados del menor recién nacido. Esa misma finalidad está presente en la interpretación efectuada por la recurrida, esto es, la posibilidad de acumular a la licencia de 30 días naturales por lactancia cualquier otro permiso no retribuido.

Como dijimos en la sentencia ya citada, la núm. 570/2022, de 22 de junio: «En el caso de que el trabajador inicie la excedencia por cuidado de hijo y se le detraiga el salario, se trataría de un permiso no retribuido que no está previsto en la norma. El empleador no puede hacer detracciones económicas por dicha causa, ni tampoco en el supuesto en el que el contrato de trabajo se extinga sin que la finalización del contrato sea imputable al trabajador, después de que haya disfrutado de ese permiso de 15 días».

En una interpretación sistemática y lógica, el ejercicio de un permiso no retribuido, como la excedencia, a continuación de finalizar el disfrute del permiso de lactancia acumulado, es también un derecho de conciliación, cuyo ejercicio quedaría limitado o restringido si, por haber disfrutado antes de la lactancia acumulada, se produce la detracción de lo percibido por tal concepto o, como es el caso, se ponen trabas económicas para financiar la sustitución de la persona trabajadora en situación de lactancia. Si el ejercicio de un permiso no retribuido provoca, a su vez, obstáculos al disfrute de otro que es retribuido, no favorece su solicitud y disfrute, todo lo contrario.

Y, debe tenerse en cuenta que, el uso y disfrute de este tipo de permisos no retribuidos, la excedencia entre ellos, como señalábamos en la sentencia ya citada, la núm. 570/2022, de 22 de junio, es ejercido en su mayoría por mujeres, de modo que entra en juego la dimensión de género, la que obliga a



una interpretación con perspectiva de género; así lo sostuvimos diciendo: «La interpretación del citado precepto (...) debe hacerse con el parámetro del art. 3 en relación con los arts. 4 y 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, a fin de evitar la discriminación por razón de sexo.

Si la mayoría de las excedencias por cuidado de hijo se disfrutaran por las mujeres, supondría una discriminación indirecta por razón de sexo interpretar ese precepto del convenio colectivo en el sentido de que los trabajadores no pueden disfrutar de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo, a continuación acumular los 15 días naturales correspondientes a la hora de ausencia al trabajo del art. 37.4 del ET y posteriormente iniciar la excedencia por cuidado de un hijo, sin sufrir una detracción de salario».

Los citados preceptos establecen:

«Art. 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Art. 4. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas

Art. 6.2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

La STC 153/2021 señala la conexión íntima con la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras cuando ven restringidos sus derechos a la conciliación de la vida familiar y laboral. Por consiguiente, y en tanto en cuanto no se alcance en nuestra sociedad un reparto equilibrado entre mujeres y hombres de las tareas de cuidado familiar que coadyuve a la consecución de la igualdad en el ámbito laboral, incurre en discriminación indirecta por razón de sexo el tratamiento que implique una restricción o la asignación de consecuencias laborales negativas al ejercicio por las mujeres trabajadoras de estos derechos de conciliación de la vida laboral y familiar,



siempre que no pueda probarse que responden a razones o factores objetivos, ajenos a toda discriminación por razón de sexo, susceptibles de legitimar la medida en cuestión.

En definitiva, procede la desestimación de este motivo de recrus.

CUARTO. - En el tercer motivo de su recurso, con amparo en el art. 207 e) de la LRJS, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, se denuncia la infracción del art. 3.1 del CC en relación con el art. 14 de la Constitución Española, regulador del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación entre las personas.

Se insiste en que no es una cuestión principal, pero sí colateral o explicativa de la interpretación que requiere la aplicación del conjunto normativo que reconoce el disfrute de la lactancia acumulada y su incompatibilidad con excedencias por cuidados de hijos u otros permisos no retribuidos si estos se disfrutaran con carácter previo a que el menor cumpla nueve meses. Señala que, de ser aceptados los términos de la Sentencia ahora recurrida, ello supone un agravio comparativo para con docentes empleados públicos de esta Administración. Que las organizaciones sindicales, concedores del ámbito de la enseñanza en centros públicos, así como los representantes de las entidades patronales de la enseñanza privada concertada son plenamente sabedores de que en el ámbito de los docentes en centros públicos la pretensión ahora reivindicada no es posible, dado que son los mismos actores intervinientes en la negociación de ese tipo de permisos favorables a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. El permiso de lactancia acumulado reconocido en el TREBEP ha sido desarrollado con las pertinentes instrucciones de la Consejería y establece cómo debe disfrutarse para los funcionarios docentes que prestan servicios tras haber superado un proceso selectivo de oposición sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad,



que, en este caso, el cálculo del disfrute en días acumulados lo es en proporción al tiempo que quede entre el momento de la solicitud y hasta que el lactante cumpla la edad prevista en el propio TREBEP. Por tanto, el reconocimiento de la pretensión objeto del presente litigio, estaría generando una discriminación evidente entre docentes de la enseñanza pública con respecto a docentes de la enseñanza privada concertada financiada con fondos públicos por pago delegado. Otra cosa es que los centros privados permitan y abonen de su propia financiación ese permiso en los términos pretendidos.

El motivo debe ser desestimado. La posible diferencia de trato entre el colectivo afectado por este conflicto y otro, como lo sería el personal docente (funcionario) de los centros públicos de educación no es objeto del presente conflicto colectivo. La discriminación como posible consecuencia del derecho reconocido a los trabajadores afectados por el conflicto no es argumento para denegar el derecho, si a estos les corresponde. La propia parte recurrente alude a que se trata de una cuestión colateral, esto es, a las posibles consecuencias o efectos colaterales que la eventual confirmación de la sentencia pueda provocar en el colectivo de docentes de los centros públicos de enseñanza, cuestión esta que no puede ser atendida.

En todo caso, como dijimos en nuestra sentencia núm. 108/2017, de 8 de febrero (rcud. 66/2016): «Cuando se identifican igualdad y no discriminación se están confundiendo dos principios constitucionales, que, aunque relacionados, presentan diferencias significativas, como ha establecido con reiteración la doctrina constitucional y la de esta Sala. En este sentido las sentencias de 17 de octubre de 1990 y 23 de septiembre de 1993 señalan que 'el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado'. Y se añade que " No toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que



este término tiene en los artículos 14 de la Constitución Española y 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. La discriminación consiste, como ya se ha anticipado, en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista".

Las condiciones retributivas diferentes en la empresa "podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del artículo 14 de la Constitución Española -nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión-, ni en las ampliaciones de los artículos 4.1c) y 17.1 Estatuto de los Trabajadores -estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías- y tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 de la Constitución Española - 'cualquier otra condición o circunstancia personal o social'-, porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española y es claro que esta analogía no concurre en este caso».

De este modo, podríamos estar ante un tratamiento diferente o desigual, pero no ante un tratamiento discriminatorio y el tratamiento diferente, además, podría estar justificado, por el hecho de que las situaciones que se comparan por el recurso son sustancialmente diferentes. De un lado, el personal laboral sometido al Estatuto de los trabajadores y a los convenios colectivos y pactos a los que lleguen con las empleadoras y, en su caso, con la Administración educativa, en pago delegado y, de otro, el del personal funcionario docente sometido al TREBEP y ante situaciones diferentes no cabe invocar el principio de igualdad. En todo caso, ello no ha sido el objeto del presente procedimiento de conflicto colectivo, de modo que el motivo debe ser igualmente desestimado.



QUINTO. - Por lo expuesto, y de conformidad con lo informado por el Ministerio fiscal, procede desestimar el recurso, confirmando la sentencia recurrida, sin imposición de costas, a tenor del art. 235.2 de la LRJS.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuestos por el Abogado de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, actuando en representación legal y defensa de la misma contra la sentencia núm. 202/2021, de 14 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en autos de Conflicto Colectivo núm. 6/2020.

2º.- Confirmar la sentencia núm. 202/2021, de 14 de junio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en autos de Conflicto Colectivo núm. 6/2020.

3º.- Acordar la no imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

