

Tribunal Superior de Justicia

de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia num. 38/2015 de 23 enero

[JUR\2015\40635](#)



Personal al servicio de la Administración General del Estado.Prestaciones por maternidad.Conciliación y planes de igualdad.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 273/2013

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Pérez-Crespo Paya

T.S.J.MURCIA SALA 1 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00038/2015

RECURSO nº 273/13 y 306/13

SENTENCIA nº 38/2015

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN PRIMERA

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

Dña. María Consuelo Uris Lloret

Presidenta

D. María Esperanza Sánchez de la Vega

D. José María Pérez Crespo Payá

Magistrados

Han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA Nº 38/15

En Murcia, a veintitrés de enero del dos mil quince.

En el RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO nº 273/13, tramitado por las normas de PROCEDIMIENTO ORDINARIO, en cuantía indeterminada, y referido a permiso de lactancia, al que se ha acumulado el 306/13 y referido a permiso de maternidad.

Parte demandante: D. Constancio , actuando en su propio nombre y defendido por la Letrada Sra. Josefina .

Parte demandada: la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

Acto administrativo impugnado: Resolución de veintidós de septiembre del dos mil once de la Agencia Estatal de Administración por la que se desestiman los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones dictadas el cinco y veintisiete de mayo del dos mil once, por la que se desestiman las solicitudes de permiso de maternidad por nacimiento de hijo de de lactancia de un menor de doce meses.

Pretensión deducida en la demanda: Que se dicte sentencia por la que se anulen las resoluciones impugnadas, y, en consecuencia, se le reconozca el derecho a disfrutar del permiso de maternidad y del permiso de lactancia y, en caso de imposible concesión de dicho periodo se sustituya el periodo que debía disfrutar el padre computando cada día de permiso como si tratara de un día de trabajo cuya cuantía se fijaría en ejecución de sentencia.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José María Pérez Crespo Payá , quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpuso ante los Juzgados de lo contencioso de esta ciudad, siendo turnado al número ocho, quien dictó auto declarándose incompetente y remitió este a la Sala.

Recibido este, una vez admitido a trámite y a la vista del expediente administrativo, la parte demandante formalizó su demanda, deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO.- Dado traslado de aquella a la Administración demandada, aquella se opuso al recurso e interesó su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Denegada el recibimiento del recurso a prueba, quedaron las actuaciones de señalamiento para votación y fallo.

CUARTO.- Encontrándose en este trámite, se advirtió la existencia del recurso 306/13 instado por el Sr. Constanancio contra igual resolución, que inicialmente se había interpuesto ante los Juzgados de lo contencioso de esta ciudad y turnado al número seis, que estaba en igual fase, acordándose su acumulación.

A continuación, se señaló para votación y fallo el día dieciséis de enero del dos mil quince, quedando las actuaciones concluidas y pendientes de esta.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Dirige el actor el presente recurso contencioso-administrativo, como ha quedado expuesto, contra la Resolución de veintidós de septiembre del dos mil once de la Agencia Estatal de Administración por la que se desestiman los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones dictadas el cinco y veintisiete de mayo del dos mil once, por la que se desestiman las solicitudes de permiso de maternidad por nacimiento de hijo de lactancia de un menor de doce meses.

Alega la parte recurrente, como fundamento de su pretensión, en relación con permiso de lactancia que el artículo 48.1 letra f de la Ley 7/2007 contempla que este puede ser ejercido indistintamente por uno u otro progenitor, en el caso de que ambos trabajen y, no se trata de un derecho que ceda un progenitor a otro, con cita de la Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas de treinta de septiembre del dos mil diez, que viene a reconocer este derecho al padre. En lo que se refiere al permiso de maternidad, vuelve a invocar esta Sentencia, al tiempo que indica que este derecho podía cederlo y que constaba que su esposa no iba a tomar la baja por maternidad que establece la ley.

La Abogacía del Estado, por su parte, destaca en relación con el permiso de descanso por maternidad por nacimiento de hijo que el [artículo 49](#) de la [Ley 7/2007, de 12 de abril \(RCL 2007, 768 \)](#), del Estatuto Básico del Empleado Público, lo recoge en los mismos términos que lo hacía el [artículo 30](#) de la [Ley 30/1984 \(RCL 1984, 2000, 2317 y 2427 \)](#) y este se configura como una opción de la madre, agregando el artículo 133 ter del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece que podrán ser beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten ciertos periodos de cotización, exigiendo este artículo como requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen General o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario. En el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema de la Seguridad Social, debe estarse a lo prevenido en el [artículo 2.3 del Real Decreto 1251/2001 \(RCL 2001, 2768 \)](#). En el caso que nos ocupa, se deniega este permiso, al no quedar justificado que la madre pueda ejercer el derecho de opción para que el padre disfrute de este permiso por parto o nacimiento, al no constar resolución del INSS, por el que la madre reúna los requisitos necesarios para ser titular del mismo, por lo que no puede ceder este.

Respecto del permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses, este se encuentra contemplado en el [artículo 30](#) de la Ley 30/1984 y 48 de la Ley 7/2007 y entiende, que es de aplicación la misma argumentación que para el caso anterior, puesto que si la madre no es titular de este derecho, no puede cederlo, aún cuando el ejercicio del derecho sea indistinto cuando ambos progenitores trabajen.

SEGUNDO

Son hechos relevantes para la resolución de estos recursos los siguientes:

1.- En fecha 8 de abril del dos mil once, D. Josefina, abogada en ejercicio y esposa de D. Constanancio, Subinspector de Hacienda de la Delegación de Cartagena, presentó escrito informando que había dado a luz el día NUM000 del dos mil once y que no iba a tomar la baja por maternidad que establece la ley y que cedía sus derechos a su cónyuge.

2.- En fecha doce de abril del dos mil once, se remitió fax a aquella Delegación por la Mutualidad General de la Abogacía, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, en el que informaba, que, consultados los antecedentes que obraban en sus archivos se desprendía que la Sra. Josefina, estaba integrada en el Plan Universal de la

Abogacía, constituido por un conjunto de prestaciones de suscripción conjunta (fallecimiento, jubilación, incapacidad permanente) y se encuentra de actualmente en situación de alta y al corriente de pago de sus cuotas. Añade que la mutualista no tiene derecho a una prestación por maternidad/lactancia de la Mutualidad de la Abogacía por no tener suscrita en su Plan Profesional, alternativo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, dicha garantía. Asimismo se hace constar que no ha solicitado ni disfruta de periodo de baja por ninguna de esta circunstancia.

3.- En fecha tres de mayo del dos mil once, el Sr. Constancio presentó solicitud de permiso de maternidad.

4.- En fecha cinco de mayo del dos mil once, el Delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Cartagena, dictó resolución desestimando esta solicitud de permiso de parto o nacimiento, al no queda debidamente justificado que la madre pudiera ejercer el derecho de opción para que el padre disfrute de parte del permiso por parto o nacimiento.

5.- En fecha veintiséis de mayo del dos mil once, el Sr. Constancio presentó solicitud de permiso por lactancia de hijo menor.

6.- En fecha veintisiete de mayo del dos mil once, el Delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Cartagena, dictó resolución desestimando esta solicitud de permiso de lactancia, al no queda debidamente justificado que la madre pudiera ejercer el permiso de lactancia, o, en caso, cederlo al padre.

7.- Contra ambas resoluciones se interpuso recurso de reposición por el Sr. Constancio .

8.- En fecha veintidós de septiembre del dos mil once, se dictó resolución desestimando ambos recursos.

TERCERO

_- Debemos comenzar señalando que para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se han previsto, en nuestra legislación distintas medidas, algunas en formas de permisos para los empleados públicos y, otras de suspensiones de la relación laboral para los trabajadores por cuenta ajena.

Así en el ámbito del empleo público, la [Ley 7/2007, de 12 de abril \(RCL 2007, 768 \)](#) dentro del Capítulo V, que regula el "Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones" contempla, en el artículo 48 los permisos de los funcionarios públicos y en el artículo 49, los que rubrica como "permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género", entre los que incluye el permiso por parto -de maternidad-, el permiso por adopción o por acogimiento y el permiso por paternidad.

Dentro del artículo 48.1 letra f) aparece entre los permisos de los funcionarios públicos, el permiso por lactancia , en los siguientes términos: Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente" .

Por su parte, en el artículo 49, dentro de los permisos por motivos de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en su letra a) se regula el permiso por parto estableciendo que " *tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso.*

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal".

En el ámbito de los trabajadores por cuenta ajena, el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo \(RCL 1995, 997 \)](#) , en su apartado 4, prevé la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo en los supuestos de parto y de adopción y de acogimiento, así como, en el artículo 48 bis, la suspensión del contrato por paternidad.

Y, en relación con los trabajadores por cuenta propia, el Estatuto del trabajo autónomo, aprobado por la [Ley 20/2007, de 11 de julio \(RCL 2007, 1354 \)](#) atribuye a este tipo de trabajadores, en el artículo 4, apartado 3, letra g) el derecho "A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su

duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social".

En el artículo 133 bis del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social se establece que "A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el [artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto \(RCL 1984, 2000, 2317 y 2427\)](#), de Medidas para la reforma de la función pública .

En relación con las prestaciones económicas previstas en el sistema de la Seguridad Social por maternidad, estas se contemplan en el caso de que la mujer trabajadora fuera por cuenta propia en el [artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009 \(RCL 2009, 590 \)](#), de seis de marzo, según el cual "En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional.

Si, por el contrario, la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social.

Cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad en los términos y con las condiciones que se indican en el primer párrafo de este apartado".

De la anterior regulación y, por lo que se refiere al permiso por maternidad, que es el primero que vamos a abordar, este configura como un derecho de la madre que tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, doctrina plasmada por el [Tribunal Constitucional en las sentencias 75/2011, de 19 de mayo \(RTC 2011, 75 \)](#), [78/2011, de 6 de junio \(RTC 2011, 78 \)](#) y [152/2011, de 29 de septiembre \(RTC 2011, 152 \)](#), en las se diferencia las situaciones protegidas, destacándose cómo " *en el supuesto de maternidad biológica la finalidad primordial perseguida por el legislador [...] es preservar la salud de la madre ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, debiéndose hacer compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer con la conservación de sus derechos profesionales, sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato, por ejemplo* ", invocándose la normativa de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que " *tiene señalado que el derecho al permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, como ya se ha indicado (así, Sentencias de 12 de julio de 1984, caso Hofmann ; de 30 de abril de 1998, caso Thibault ; de 27 de octubre de 1998, caso Bo y le y otros; de 18 de marzo de 2004, caso Merino Gómez ; y de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)* ", añadiéndose que, " *de ahí que en el supuesto de parto pueda hablarse con propiedad de «periodo de descanso por maternidad», distinguiéndose entre un periodo de descanso «obligatorio» (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto) que la madre ha de disfrutar necesariamente, en aras al propósito de garantizar su recuperación; y un periodo de descanso «voluntario» (las semanas restantes), que la madre puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también trabaje* ", lo que, siguiendo al mismo Tribunal Constitucional, " *explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la funcionaria madre, ésta pueda ceder al padre, cuando él también trabaje por cuenta ajena, el disfrute del periodo de descanso «voluntario» en su integridad o parcialmente*".

De este modo, si la madre no ostenta ese derecho, por no ostentar la condición de funcionaria o trabajadora por cuenta ajena, no puede ceder al padre el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, " *pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest)*".

En este caso, aunque la madre manifestara que cede este derecho al padre, la misma no ostentaba la condición de funcionaria, ni trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia y, por tanto no puede ceder un derecho del cual carece, ya que esta, no tiene reconocida otras prestaciones económicas en caso de maternidad que las que aparecen en el artículo 3.4 del Real 295/2009 y, precisamente, en el párrafo segundo de este artículo expresamente se excluye, al disponer que "si por el contrario, la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social" y, siendo una letrada en ejercicio, dada de alta en la Mutuality General de la Abogacía, no tenía suscrito esta garantía en su Plan Profesional alternativo, como se constata en el expediente administrativo.

Dicho criterio es compartido por la Sentencia de seis de marzo del dos mil trece , de la Sección 5ª de la Audiencia Nacional, por la de 18 de julio del mismo año, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en su sede de Santa Cruz o en la de 24 de enero del dos mil doce, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

CUARTO

.- En relación con el permiso de lactancia, este tiene su origen igualmente en la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo \(RCL 2007. 586 \)](#), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya Exposición de Motivos ya destacaba que "Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa, para, en su Disposición Adicional 19ª, apartado ocho modificar la letra f de la [Ley 30/1984 \(RCL 1984. 2000 . 2317 y 2427 \)](#) y se añadió dos párrafos a dicha letra quedando la redacción de la siguiente manera: "la funcionaria, por lactancia de un hijo menor de doce meses, tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Igualmente, la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple".

Este permiso de lactancia se incorporó posteriormente al [Estatuto Básico del Empleado Público \(RCL 2007. 768 \)](#) que lo recoge en el artículo 48.1 letra f, disponiendo que "por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple".

De forma paralela, se introdujo a través de la Disposición Adicional Décimo primera, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , una modificación en el apartado 4 del artículo 37, que quedó redactado de la siguiente forma "las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen".

De la redacción del artículo 48.1 letra f de la Ley 7/2007 , ya la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sede de Valladolid, de dos de febrero del dos mil diez , venía a deducir que, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado "los titulares del permiso son indistintamente los progenitores y sólo existe una concreción a favor de la madre y con carácter de exclusividad (la funcionaria) para caso de una sustitución de ese permiso por otro de jornadas completas y retribuidas", de ahí que estime no será posible hablar de una cesión del derecho de la madre al padre pues y como queda dicho ese derecho es de ejercicio indistinto, existiendo en cierto sentido una cotitularidad. Continúa afirmando que "el objeto perseguido con ese derecho funcional no es otro más que el previsto en la Ley Orgánica 3/2007, esto es, conciliar la vida familiar y la laboral vía consecución de una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres

cara a que ambos asuman las obligaciones familiares; persiguiendo un reparto más equilibrado de esas obligaciones y dentro de las mismas las que vienen a ser consecuencia del nacimiento y cuidado de un hijo. Ese objetivo implica tanto a uno como a otro progenitor. Al tiempo señalaba esta sentencia que "el referido artículo carece de precisión, limitación o exclusión alguna referente a la condición "ambos trabajen", lo que por otra parte resulta lógico desde la perspectiva que ofrece la mencionada Ley Orgánica: la conciliación de vida familiar y vida laboral y el reparto equitativo de responsabilidades familiares son unos objetivos a conseguir en todo supuesto en el que ambos progenitores trabajen; ya que de lo contrario subsistirían parcelas al margen de la consecución del objetivo primordial de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, pudiendo existir de esta manera una discriminación". Y por ello llega a la conclusión que los "términos "ambos trabajen" deberán comprender el caso de la mujer que tenga la condición de trabajadora por cuenta propia, pues en el mismo aquella también desempeña una actividad laboral y surge la necesidad de lograr aquella conciliación y el reparto de cometidos familiares en régimen de corresponsabilidad".

Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en sentencia de 30.09.2010 -recurso 104/2009 -, vino a resolver sobre el contenido y alcance del permiso de lactancia indicando lo siguiente: 1.- *"... las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo ..."*; 2.- *"... respecto a la protección del embarazo y de la maternidad, el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/2007 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra ..."*; 3.- *"... el hecho de que la evolución de la normativa nacional y de su interpretación jurisprudencial haya separado poco a poco la concesión del permiso denominado «de lactancia» del hecho biológico del amamantamiento natural no permite considerar que esa medida asegure la protección de la condición biológica de la mujer después de su embarazo ..."*; 4.- *"... el hecho de que el permiso controvertido en el litigio principal pueda disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Parece pues que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo ..."*; 5.- *"... el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental ..."* y, en consecuencia de todo lo razonado, el fallo de la sentencia reseñada es claro sobre la falta de acomodo de la normativa comunitaria del contenido del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores , en su redacción entonces vigente, cuando vino a establecer que el artículo 2, apartados 1 , 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 , *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena...* .

Ello ha determinado que en la reforma operada por la [Ley 3/2012, de 6 de julio \(RCL 2012, 945 \)](#) se diera una nueva redacción al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores , estableciendo que "En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 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".

Ello va a conllevar, necesariamente a reconocer al ahora recurrente titular del derecho a disfrutar del permiso de lactancia, en tanto en cuanto este permiso se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se

considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral y, que por lo tanto, lo puede ejercer uno y otro progenitor trabajador, ya fuera por cuenta propia, ya por cuenta ajena.

La consecuencia sería reconocerle, tal y como interesó la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumulara en jornadas completas el tiempo correspondiente a este permiso y, en caso, de no poder hacerse efectivo, al no existir la situación de hecho a la que debía atender, a ser indemnizado en la cantidad correspondiente, a determinar en ejecución de sentencia, con el abono del sueldo y complementos que hubiera percibido durante ese periodo de tiempo.

QUINTO

Por lo expuesto, procede estimar el recurso 273 y rechazar el acumulado 306/13, con imposición de costas a la parte recurrente en el segundo caso y a la Administración en el primero.

En atención a todo lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución de la Nación Española,

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Constancio contra la Resolución de veintidós de septiembre del dos mil once de la Agencia Estatal de Administración por la que se desestiman los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones dictadas el cinco y veintisiete de mayo del dos mil once, por la que se desestiman las solicitudes de permiso de maternidad por nacimiento de hijo de de lactancia de un menor de doce meses y, en su consecuencia, estimar conforme a derecho la denegación del permiso de maternidad que reclamaba y reputar nula del permiso de lactancia, el cual se le reconoce en los términos que interesaba de reconocerle un permiso retribuido que acumulara en jornadas completas el tiempo correspondiente a este permiso y, en caso, de no poder hacerse efectivo, al no existir la situación de hecho a la que debía atender, a ser indemnizado en la cantidad correspondiente, a determinar en ejecución de sentencia, con el abono del sueldo y complementos que hubiera percibido durante ese periodo de tiempo y con imposición sobre las costas causadas en el 306/13 a la Administración y en las del 273/13 al recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.