

Resumen

Desestima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandada Telefónica contra sentencia dictada en autos sobre reducción de jornada por lactancia. Explica la Sala que ni existe identidad entre los fundamentos jurídicos en que se sustentaron las pretensiones deducidas en uno y otro proceso, ni fueron iguales las respectivas controversias suplicacionales, pues la sentencia recurrida declaró que si bien el demandante no tendría de derecho al permiso, interpretando el Convenio Colectivo llega a la conclusión distinta, mientras el debate que resolvió la sentencia referencial gira única y exclusivamente en la infracción del art. 37,4 ET.

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	50
FUNDAMENTOS DE DERECHO	51
FALLO	52

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

Cita Ley 39/1999 de 5 noviembre 1999. Conciliación de vida familiar y laboral de personas trabajadoras
Cita art.127, art.217, art.223.2, art.226.3, art.233.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral
Cita art.37.4 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Navarra Sala de lo Social de 15 diciembre 2003 (J2003/228068)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En los hechos, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En los hechos por ATS Sala 4ª de 25 abril 2006 (J2006/100053)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En los hechos, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En los hechos, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción por ATS Sala 4ª de 25 abril 2006 (J2006/100063)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En la cuestión debatida, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En la cuestión debatida, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En la cuestión debatida por STS Sala 4ª de 8 junio 2006 (J2006/103076)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción por STS Sala 4ª de 29 junio 2006 (J2006/105743)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Resolución - Supuestos estimatorios, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Resolución - Supuestos estimatorios por STS Sala 4ª de 4 julio 2006 (J2006/105744)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción por STS Sala 4ª de 22 junio 2006 (J2006/105752)

Aplicada sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - Inexistencia de contradicción, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En la cuestión debatida, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En la cuestión debatida por ATS Sala 4ª de 26 abril 2006 (J2006/106880)

Cita en el mismo sentido sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En general, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En general STS Sala 4ª de 25 mayo 1995 (J1995/2716)

Cita sobre PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En general, PROCEDIMIENTO SOCIAL - RECURSOS - Casación para unificación de doctrina - Igualdad sustancial entre las sentencias de contraste - En general STS Sala 4ª de 14 octubre 1997 (J1997/21264)

En la Villa de Madrid, a siete de abril de dos mil cinco.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Telefónica de España, SAU contra sentencia de 15 de diciembre de 2003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra QSJ 2003/228068 por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 27 de marzo de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Pamplona núm. 3 en autos seguidos por D. Gaspar frente a Telefónica de España, SAU sobre reclamación de derechos.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de marzo de 2003 el Juzgado de lo Social número 3 de Navarra dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de permiso de lactancia deducida por D. Gaspar frente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., debo declarar y declaro el derecho del demandante a disfrutar de permiso por lactancia de hijo menor de nueve meses en el periodo de dos de enero de 2003 hasta el once de junio de 2003, fijando como hora de disfrute del citado permiso en turno de mañana de 13,30 a 14,30 y en turno de tarde de 14,30 a 15,30 horas, condenando expresamente a la empresa demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a reconocer el permiso citado".

SEGUNDO.- Que, en dicha Sentencia, y como Hechos Probados, se establecen los siguientes:

"Primero.- El demandante D. Gaspar viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Telefónica de España S.A.U., habiendo presentado el 23-12-02 a la demandada solicitud de ausencia por atención a lactante, que obra unido a los autos y se da aquí por reproducida, y en la cual venía a manifestar que ante la renuncia de su mujer Da Bárbara, desde el 2-01-03, primer día después del permiso por maternidad, hasta el día 11-06-03, día en que se cumple los 9 meses desde el nacimiento del hijo del actor Juan Alberto que tuvo lugar el 12 de septiembre de 2002, solicita que se le conceda una hora de ausencia a disfrutar en el turno de mañana de 13,30 a 14,30 horas, final de la jornada, y en turno de tarde de 14,30 a 15,30 horas, principio de la jornada.

Segundo.- Con fecha 7 de enero de 2003 la empresa demandada comunicó al actor que no se accede a su solicitud de permiso por atención a lactante según lo establecido en la R.L. 105, punto 6 apartado F, instrucción mencionada que establece en dicho apartado que cuando ambos padres trabajen podrán disfrutar este derecho indistintamente cualquiera de ellos, pero no obstante, para que pueda solicitar este derecho el padre, es necesario la renuncia expresa y por escrito de la madre, que deberá ser trabajadora por cuenta ajena o funcionaria, visada por la empresa donde ésta presta sus servicios.

Tercero.- En el Convenio Colectivo de Telefónica de España, S.A.U. 2001-2002 se declara en su cláusula 14 expresamente en vigor con contenido normativo el Texto Refundido de la normativa laboral de Telefónica, que obra unida a los autos y que se aquí por reproducida.- En su artículo 133 regula el permiso por lactancia de la siguiente manera: "Las empleados con hijos menores de nueve meses, tendrán derecho a ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora diaria, divisible en dos períodos de media hora cada uno, si así lo desean, al objeto de prestar atención necesaria al lactante. Este derecho podrá ser ejercitado igualmente por la madre o padre adoptante.- Podrán sustituir este derecho por una de reducción de la jornada a su comienzo o finalización, sin que pueda fraccionarse en estos casos.- El derecho enunciado en los párrafos precedentes, podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre del menor".

Cuarto.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación el 20 de febrero de 2003, teniéndose por intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada.

Quinto.- Con su solicitud inicial el demandante aportó escrito suscrito por su esposa Dª Bárbara, que obra unido al folio 26 de los autos y que se da por reproducido, en el cual manifestaba que está de alta en el Régimen General de Autónomos, y que renuncia a disfrutar la ausencia por atención a lactante desde el 2 de enero de 2003 hasta el 11 de junio de 2003, día en que se cumple los 9 meses desde el nacimiento de su hijo Juan Alberto".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Navarra, la cual dictó sentencia en fecha 15 de diciembre de 2003 QSJ 2003/228068 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES de los de Navarra, en el procedimiento núm. 66/03, seguido a instancia de D. Gaspar contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. sobre DERECHOS (Permiso de Lactancia), confirmando la sentencia recurrida.

CUARTO.- El Procurador D. Juan Antonio García San Miguel Orueta, en la representación que ostenta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de abril de 2001.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de marzo de 2005, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se somete a la función unificadora de esta Sala consiste en determinar si el trabajador, cuya esposa está en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, tiene o no derecho a disfrutar la reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses que regula el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores QSL 1995/13475 .

La situación fáctica que contemplan las sentencias sometidas al juicio de comparación es prácticamente idéntica. Tanto la recurrida en casación unificadora, dictada el 15 de diciembre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra QSJ 2003/228068 , como la elegida para contraste, de 24 de abril de 2001 de la Sala de lo Social del País Vasco, resuelven demanda de trabajadores de "Telefónica de España SAU", hoy recurrente, que solicitaron en su día la ya aludida reducción de jornada alegando que su esposa, que se encontraba de alta en el RETA por actividad por cuenta propia, había renunciado a disfrutar del permiso de lactancia. En ambos casos Telefónica denegó el permiso alegando que el padre trabajador solo puede disfrutarlo cuando la madre es también trabajadora por cuenta ajena. Pese a esa inequívoca identidad en los hechos, se da una circunstancia que, como vamos a ver, impide apreciar entre las sentencias comparadas la existencia de la contradicción que exige inexcusablemente el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral QSL 1995/13689 para que esta Sala pueda resolver la cuestión planteada.

SEGUNDO.- Es sobradamente conocida la doctrina de esta Sala en relación con el requisito de la contradicción que exige el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral QSL 1995/13689 entre la sentencia que se impugna y otra de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción "requiere no solo que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos, sino que estos recaigan ante controversias esencialmente iguales; porque la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales" (sentencias de 27 y 28-1-92 (recs. 824/91 y 1053/91), 18-7, 14-10 y 17-12-97 (recs. 4067/96 QSJ 1997/6653 , 94/97 QSJ 1997/21264 y 4203/96) QSJ 1997/21293 , 17-5 y 22-6-00 (recs. 1253/99 y 1785/99) QSJ 2000/15384 , 21-7 y 21-12-03 (recs. 2112/02 QSJ 2003/92973 y 4373/02) y 29-1 y 1-3-04 (recs. 1917/03 QSJ 2004/6741 y 1149/03) entre otras muchas).

Y de ahí que el término de referencia en el juicio de contradicción, deba ser necesariamente "una sentencia que, al decidir sobre un recurso extraordinario, está limitada por los motivos propuestos por el recurrente" y, por ello, la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate ha sido planteado en suplicación. (Sentencias de 13-12-91 (rec. 771/91), 5-6 y 9-12-93 (recs. 241/92 y 3729/92), 14-3-97 (rec. 3415/96) QSJ 1997/3670 , 16 y 23-1-02 (recs. 34/01 y 58/01) QSJ 2002/859 , 26-3-02 (rec. 1840/00) QSJ 2002/10446 , 25-9-03 (rec. 3080/02) QSJ 2003/127716 y 13-10-04 rec. 5089/03) entre otras). De otro lado, la Sala ha señalado con reiteración que los fundamentos que han de compararse no son los de las sentencias, sino los de las pretensiones y resistencias de las partes (sentencias de 25-5-95 (rec. 2876/94) QSJ 1995/2716 , 17-4-96 (rec. 3078/95) QSJ 1996/3148 , 16-6-98 (rec. 1830/97) QSJ 1998/8703 y 27-7-01 rec. 4409/00) entre otras).

TERCERO.- La anterior doctrina conduce, en el presente caso, a la inadmisión del recurso, pues ni existe identidad entre los fundamentos jurídicos en que se sustentaron las pretensiones deducidas en uno y otro proceso, ni fueron iguales las respectivas controversias suplicacionales. El trabajador hoy recurrido, reclamó en demanda su derecho al permiso de lactancia, con amparo en los artículos 37.4 ET QSL 1995/13475 y 133 del Convenio Colectivo de Telefónica. La sentencia de instancia razonó que el actor carecería de derecho al permiso conforme al precepto estatutario, pero estimó la demanda por entender que el art. 133 del Convenio de Telefónica contiene una regulación más favorable que la legal. En suplicación fue dicho precepto convencional el primero que Telefónica invocó como infringido, y a su exégesis dedicó prácticamente la totalidad del recurso. Finalmente, la sentencia recurrida QSJ 2003/228068 declara, al igual que la de instancia, que de acuerdo con el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores QSL 1995/13475 el demandante no tendría de derecho al permiso; pero a continuación, pasa a interpretar el contenido del art. 133 del C. Colectivo y llega a la conclusión de que, dado su tenor literal, "más en sintonía con la Exposición de Motivos de la mentada Ley 39/1999 QSL 1999/63356 ", sí procede reconocer el permiso solicitado. El debate que resolvió la sentencia referencial fue distinto. La demanda del trabajador, cuya fundamentación jurídica no se explícita en dicha sentencia, pero es fácil colegir por las infracciones que denunció en suplicación fue desestimada en la instancia. En su recurso el trabajador denunció única y exclusivamente la infracción del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores QSL 1995/13475 . Y este fue también el único precepto que examinó la sentencia referencial, que concluyó desestimando el recurso por entender que la norma invocada exige la condición de trabajadora por cuenta ajena de la madre, y ésta estaba afiliada al RETA. La sentencia no alude para nada al artículo 133 del C. Colectivo ni razona, como es lógico, sobre su posible relevancia en orden al derecho reclamado.

CUARTO.- Lo anterior pone de manifiesto, de un lado, que no existe discrepancia doctrinal entre las sentencias comparadas en torno al art. 37.4 ET QSL 1995/13475 , puesto que ambas sostienen que dicho precepto solo reconoce al trabajador el derecho al permiso si también su mujer trabaja y lo hace por cuenta ajena. Y de otro, que la divergencia de sus soluciones obedece exclusivamente a que en la recurrida se planteó la denuncia del precepto convencional, que ni fue alegado en la referencial ni ésta podía examinarlo dada la cognición limitada a las denuncias formuladas por las partes que es propia del recurso de suplicación.

Esa diferencia en los planteamientos de suplicación explica que los pronunciamientos de las sentencias sometidas al juicio de comparación, siendo ciertamente desiguales, no puedan considerarse distintos en los términos exigidos por el art. 127 LPL QSL 1995/13689 , ni susceptibles de ser unificados con una sola doctrina. Máxime cuando el tenor literal de los preceptos convencional y estatutario que ordenaron los respectivos debates, no es, en modo alguno, idéntico, lo que habría permitido apreciar la existencia de contradicción. Baste recordar que el art. 133 aparece incluido en el capítulo IX, sección 1 del Convenio, que trata de los "permisos retribuidos" y comienza advirtiendo que se trata de un regulación independiente de las prescripciones legales, lo que parece indicar la voluntad de los negociadores de mejorar el texto estatutario. Y que el propio precepto en liza, que regula el permiso de lactancia, habla de "empleados", en lugar de "trabajadoras" que es el término estatutario; y si bien transcribe del Estatuto la frase "el derecho enunciado en los párrafos precedentes, podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre", no incluye el inciso final: "en caso de que ambos trabajen", que sí aparece en el art. 37.4 ET. QSL 1995/13475

Se trata, obviamente, de regulaciones de las que no puede sostenerse que son idénticas en su literalidad, para postular un aplicación mecánica de las conclusiones a las llegó la sentencia de contraste al interpretar el artículo 37.4 ET QSL 1995/13475 ; cuando es lo cierto que el texto de la regulación convencional, por diferente al estatutario, precisa para su aplicación de un análisis que esta Sala no puede abordar por ausencia del requisito exigido por el art. 217 LPL. QSL 1995/13689

La falta de contradicción puesta de manifiesto, que hubiera permitido en momento procesal anterior inadmitir el recurso (art. 223.2 LPL QSL 1995/13689), deviene en éste de dictar sentencia, en causa de su desestimación. Y así debe acordarlo la Sala, condenando a la empresa recurrente al pago de las costas causadas en esta sede y a la pérdida del depósito efectuado para recurrir (arts. 226.3 y 233.1 LPL QSL 1995/13689).

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de Telefónica de España, SAU contra sentencia de 15 de diciembre de 2003, que confirmamos, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra por la que se resuelve el recurso de suplicación núm. 196/03 QSJ 2003/228068 , interpuesto contra la sentencia de 27 de marzo de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social de Pamplona núm. 3.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que corresponda, con expresa condena al pago de las costas causadas en esta sede a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Samper Juan.- Aurelio Desdentado Bonete.- Luis Ramón Martínez Garrido.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Francisco Javier Sanchez-Pego Fernández.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.