



Roj: **STSJ GAL 7008/2023 - ECLI:ES:TSJGAL:2023:7008**

Id Cendoj: **15030340012023104795**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **07/11/2023**

Nº de Recurso: **4144/2023**

Nº de Resolución: **4799/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

SECRETARIA FREIRE CORZO -- JVR

SENTENCIA: 04799/2023

PLAZA DE GALICIA, S/N 15071 A CORUÑA Tfno: 981-184 845/959/939 Fax:Correo electrónico:NIG: 36057 44 4 2022 0004780 Equipo/usuario: JV Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0004144 /2023 Procedimiento origen: CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000679 /2022 Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

RECURRENTE/S D/ña Isidoro **ABOGADO/A:** HENRIQUE LANDESA MARTINEZ **PROCURADOR:GRADUADO/A SOCIAL:**

RECURRIDO/S D/ña: AVANZA EXTERNALIZACION DE SERVICIOS SA **ABOGADO/A:** JAVIER ALCAIDE ROYO **PROCURADOR:GRADUADO/A SOCIAL:**

ILMOS. SRS. MAGISTRADOSD. JOSÉ MANUEL MARIÑO COTELOD. FERNANDO LOUSADA AROCHENAD. JORGE HAY ALBA

En A Coruña, a 07 de noviembre de 2023.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0004144 /2023, formalizado por el Abogado D. HENRIQUE LANDESA MARTÍNEZ, en nombre y representación de D. Isidoro , contra la sentencia dictada por XDO. DO SOCIAL N. 4 de VIGO en el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000679 /2022, seguidos a instancia de D. Isidoro frente a AVANZA EXTERNALIZACION DE SERVICIOS SA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Isidoro presentó demanda contra AVANZA EXTERNALIZACION DE SERVICIOS SA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha 14 de marzo de 2023.



SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"Primero.- La empresa AVANZA EXTERNALIZACION DE SERVICIOS, S.A. concede los permisos a que hace referencia el art. 37-f del E.T., a sus trabajadores hombres, pero sin retribución. Segundo.- Se llevó a cabo una negociación tendente a que dichos permisos fueran retribuidos también para los hombres, finalizando el 02-12-21, en donde la empresa manifiesta respecto a los exámenes prenatales, que no existe ninguna base legal para que dicho permiso sea retribuido."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Isidoro , contra la empresa AVANZA EXTERNALIZACION DE SERVICIOS, S.A.; se declara el derecho de los trabajadores hombres a disfrutar del permiso retribuido regulado en el art. 37.3 f del E.T. en todos los supuestos allí regulados, excepto en lo referente a exámenes prenatales; condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración, con las consecuencias legales inherentes a la misma."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Isidoro formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18.09.2023.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Reclamado en demanda de conflicto colectivo el reconocimiento del derecho de los trabajadores varones a la titularidad y disfrute del permiso para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, la sentencia de instancia la estimó parcialmente, reconociendo el derecho al permiso de técnicas de preparación al parto, pero no a exámenes prenatales, y, ante tal decisión judicial, el demandante, representante legal del personal, anuncia recurso de suplicación y, con la pretensión de reconocimiento del derecho de los trabajadores varones a la titularidad y disfrute del permiso para exámenes prenatales, lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, y en concreto, denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 37, apartado 3, letra f), del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en aras a esa pretensión y al amparo de la expuesta denuncia jurídica, que, dicho en apretada esencia, esa norma estatutaria reconoce la titularidad de ambos permisos literalmente a "el trabajador" en género masculino, lo que, a juicio del recurrente, es decisivo si lo contraponemos al artículo 26.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que, en relación con esos mismos permisos, se refiere a "la trabajadora", de manera que, sigue argumentando el recurrente, esa duplicidad normativa solo tiene sentido si consideramos que el ET, a diferencia de la LPRL, extiende ambos permisos a los trabajadores varones, sin que haya motivo para diferenciar entre uno y otro en orden a su titularidad, aparte de que la extensión a los trabajadores varones del permiso para exámenes prenatales coadyuva a la corresponsabilidad del varón al comprometerlo en el proceso de gestación.

La empresa demandada ni ha recurrido en suplicación la parte del pronunciamiento que le resultó desfavorable, ni tampoco ha presentado escrito de impugnación del recurso de suplicación del representante legal demandante.

SEGUNDO. Aconseja la solución a la cuestión recordar las fuentes normativas del permiso para exámenes prenatales. Según el artículo 9 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, establece, bajo el epígrafe "permiso para exámenes prenatales", que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas ... disfruten ... de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo". En consecuencia, una norma sexuada en consonancia con la disposición comunitaria donde se contiene, que se refiere solo a trabajadoras.

Tal exclusiva titularidad femenina del permiso para exámenes prenatales se mantiene en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo artículo 26.5 se establece: "Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo".



Simultáneamente, la disposición adicional 11ª de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales añadió una letra f) al artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores, para listar, dentro de los permisos retribuidos reconocidos a "los trabajadores" (actualmente, a "las personas trabajadoras"), uno que es "por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo".

La comparativa de estas tres normas permite observar algunas diferencias a tomar en consideración. Si comparamos la norma comunitaria con las normas internas de trasposición (LPRL y ET), se observa que, mientras aquella se refiere solo al permiso para exámenes prenatales, estas últimas se refieren también al permiso para técnicas de preparación al parto. Por otro lado, si comparamos la norma comunitaria y una de las normas internas (LPRL) con la otra norma interna (ET), se observa que, mientras aquellas dejan clara la exclusiva titularidad femenina de ambos permisos, esta última no presenta una literalidad tan clara al incluir esos permisos dentro del enunciado general de todos los permisos, que se refiere a "el trabajador" o "las personas trabajadoras".

Una última norma se debe tomar en consideración, y es la relativa al régimen aplicable al funcionariado público. Según el artículo 48 del Estatuto Básico del Empleado Público, "los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos ... e) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas ... A efectos de lo dispuesto en este apartado, el término de funcionarias embarazadas incluye también a las personas funcionarias trans gestantes". Obsérvense dos cosas de esta norma: a diferencia de la norma comunitaria y en semejanza con las otras normas internas españolas, el permiso es doble para permisos prenatales y para técnicas de preparación al parto; y es norma especialmente insistente en vincularlos al hecho biológico de la gestación.

TERCERO. Hechas estas precisiones acerca de las fuentes normativas del permiso para exámenes prenatales, la Sala coincide con el acertado criterio de la juzgadora de instancia de no extenderlo a los trabajadores varones y demás personas progenitoras que no son gestantes, por las siguientes argumentaciones:

(1) Argumentación sistemática: El artículo 9 de la Directiva 92/85/CE es claro en el sentido de reconocer el derecho solo a las trabajadoras gestantes. En el derecho interno, también lo son el artículo 25.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el artículo 48.e) del Estatuto Básico del Empleado Público. Dentro de este conjunto normativo, no parece lógico pensar en la existencia de una excepción aplicable en el ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores.

(2) Argumentación finalista: El artículo 9 de la Directiva 92/85/CE y el artículo 25.5 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que son las normas basales del conjunto normativo, son disposiciones sobre prevención de riesgos laborales dirigidas a la protección en el trabajo de la maternidad / gestación, con lo cual es perfectamente adecuado a su finalidad limitar su ámbito de aplicación a las trabajadoras embarazadas y a las demás personas trabajadoras gestantes.

(3) Argumentación literal: El artículo 9 de la Directiva 92/85/CE concede el permiso "para realizar los exámenes prenatales", y todas las normas internas, en idéntico sentido, lo conceden "para la realización de exámenes prenatales", y obviamente solo pueden realizar exámenes prenatales las mujeres embarazadas y demás personas gestantes. Quien no sea mujer embarazada o persona gestante no puede realizar exámenes prenatales, sino que lo que puede es acompañar a quien sí los realiza. Pero, como se acaba de decir, en todas las normas de referencia el permiso se reconoce solamente "para la realización de exámenes prenatales", no "para acompañar en la realización de exámenes prenatales".

CUARTO. Bajo estos criterios interpretativos decaen las argumentaciones del representante legal recurrente. Que el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores se refiera en su encabezado a "los trabajadores" (actualmente, a "las personas trabajadoras"), no es más que un enunciado genérico que no impide que, en la concreción de los permisos, estos deriven en limitaciones sexuadas, como ocurrió, hasta 2019, con el permiso "por nacimiento de hijo", que era un permiso que solo podía corresponder a los trabajadores padres. Que el permiso aparezca reproducido en la LPRL y en el ET, y habría que añadir también en el EBEP, se debe entender lógico dado que el ET y el EBEP son estatutos que, por ello, recogen todas las normas aplicables al personal de que se trata; en todo caso, esa duplicidad no justifica darle en cada ámbito de aplicación un alcance subjetivo diferente. Que la corresponsabilidad se vería potenciada si se les reconociese a los trabajadores varones el permiso para exámenes prenatales (rectius, el permiso para acompañar a quien los realiza) no lo podemos negar, pero el permiso, tal como está configurado, es un derecho de maternidad, y el aspecto de conciliación obligaría a crear un nuevo permiso (que, insistimos, sería para acompañar a quien realiza permisos prenatales).

QUINTO. Un último argumento manejado por el representante legal recurrente es que, una vez se ha reconocido en la sentencia de instancia la titularidad no sexuada del permiso para técnicas de preparación al parto, no



habría motivo para no extender también el permiso para exámenes prenatales. A los efectos de dar respuesta a este último argumento debemos recordar, sintéticamente, la argumentación manejada por la juzgadora de instancia, quien considera que ambos permisos son, en su origen en la LPRL/1995, exclusivamente femeninos, pero destaca que la evolución normativa, jurisprudencial y doctrinal acaecida desde entonces le hace llegar a la conclusión de que el permiso para técnicas de preparación al parto debe ser extendido a los trabajadores varones pues en otro caso sería discriminatorio por razón de sexo en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09. Pues bien, la Sala avala esta diferencia entre uno y otro permiso, pues uno es un derecho de maternidad que, en atención a la habilitación concedida en la Directiva 92/85/CE, se puede reconocer solo a las mujeres embarazadas, y en estos términos se ha reconocido en la LPRL, el ET y el EBEP, y otro no encuentra habilitación para su carácter sexuado en la Directiva 92/85/CE, luego es correcto concluir, en base a la doctrina Roca Álvarez, que es un derecho de conciliación que, como tal, no puede tener carácter sexuado so incumplir la prohibición de discriminación. Hemos de añadir, además, que la propia redacción de las normas no excluye a los trabajadores padres y demás personas no gestantes, pues, mientras que obviamente estos no pueden ser sometidos a permisos prenatales, sí pueden asistir a las técnicas de preparación al parto, y desde la perspectiva del buen fin del proceso de maternidad / gestación, ello suele ser saludable recomendación.

SEXTO. Por todo lo antes expuesto, el recurso de suplicación será totalmente desestimado y la sentencia de instancia íntegramente confirmada, tanto por su fallo como por sus propios y atinados fundamentos, que se asumen.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Don Isidoro , en su calidad de representante legal del personal, contra la Sentencia de 14 de marzo de 2023 del Juzgado de lo Social número 4 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Entidad mercantil Avanza Externalización de Servicios Sociedad Anónima, la Sala la confirma íntegramente, sin apreciar motivos para la imposición de las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar: - El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo**. - Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma. - Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta **ES550049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, únase para su constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal, quedando incorporada informáticamente al procedimiento, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.