

Resumen

La generalizada incorporación de la mujer al mundo productivo común, la equiparación de funciones entre los sexos, la movilidad locativa inherente a numerosos empleos, la calidad de la alimentación artificial para bebés, la preservación de la productividad empresarial, la evitación de discriminaciones indirectas, las exigencias de salud e higiene, la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo. Todos esos factores, en elenco, que bien podrían aumentarse sin esfuerzo alguno, vienen proyectándose en la regulación de una figura tan tradicional como plagada de dudas interpretativas a la hora de llevarla a la práctica.

La pausa o permiso por lactancia es la institución objeto de estudio en las páginas que siguen, cuyo objeto formal viene constituido por la especial atención a la doctrina emanada de los Tribunales. Cumplidos más de diez años de vigencia de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI) y sentados recientemente varios criterios interpretativos por nuestros Tribunales, parece un momento adecuado para realizar un balance sobre el particular.

Palabras clave: permiso por lactancia, Ley de Igualdad, criterios judiciales.

Abstract:

The widespread incorporation of women into the common productive world, the equalization of functions among men and women, the locative mobility inherent to numerous jobs, the quality of artificial feeding for babies, the preservation of business productivity, the avoidance of indirect discrimination, the demands of health and hygiene, flexibility in the organization of working time. All these factors, in a list that could easily be increased without any effort, are projected in the regulation of a figure as traditional as plagued by interpretative doubts at the time of putting it into practice.

The pause or permission for breastfeeding is the institution object of study in the following pages, whose formal object is constituted by the special attention to the doctrine emanating from the Courts. After more than ten years of validity of the Organic Law for Effective Equality of Women and Men (LOI) and recently seated several interpretative criteria by our Courts, it seems an appropriate time to make a balance on the subject.

Key words: permission for breastfeeding, Law of Equality, judicial criteria.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Correo electrónico: carmenst@um.es

Recibido: 07 diciembre 2018

Aceptado: 15 diciembre 2018

Sumario

1. Regulación básica. 2. Naturaleza y finalidad. 3. Requisitos para el nacimiento del derecho y dinámica de su reconocimiento. 4. El debate sobre la titularidad (originaria o derivada) del derecho. 5. Derecho necesario relativo. 6. Retribución. 7. Modalidades de disfrute. A) Ausencia durante una hora. B) Dos ausencias de una hora total. C) Reducción de la jornada en media hora. D) Acumulación del derecho en jornadas completas. 8. Concreción horaria. 9. Términos del disfrute. 10. Duración del permiso. 11. Compatibilidad con otras instituciones. 12. Mecanismos de tutela. 13. Propuestas de *lege ferenda*. 14. Bibliografía.

1. Regulación básica.

Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) de 1980.- En el ET de 1980 el artículo 37.4 disciplinaba el permiso por lactancia con el siguiente tenor: “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 mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”. Por lo tanto, en ese precepto encontramos: a) titularidad del derecho femenina (“las trabajadoras”); b) reconducción del derecho a los supuestos de “lactancia”, con la necesidad de interpretar si la misma podía ser artificial; c) identificación del supuesto de hecho con los casos de filiación; d) reconocimiento de la opción (incondicionada y a favor de “la mujer”) entre una hora de ausencia o la reducción de jornada “normal”.

ET de 1999.- La Ley 39/1999, conteniendo medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, según sus propias palabras, flexibiliza el derecho al permiso de lactancia. En concreto, añade al artículo 37.4 un último pasaje conforme al cual “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”. Por lo tanto, ello supone la posibilidad de que, sin perjuicio de la titularidad femenina, “el padre” fuese quien disfrutara del derecho. Además, la reducción por la que puede optarse ya no es la de la jornada normal sino la propia de cada persona (“su jornada”).

ET de 2007.- La LOI introduce dos cambios en la regulación de referencia, de índole bien diversa y pensando en el interés del menor. Por una parte, atiende a la peculiaridad de los nacimientos múltiples: “La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple”. Mucha mayor relevancia tiene la posibilidad de disfrute acumulado por “la mujer”, pudiendo así sumar todas las horas correspondientes al permiso de forma que se descansa en jornadas completas, si bien se matiza que dicha posibilidad se debe llevar a cabo en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo con el empresario, que deberá respetar los términos previstos en aquella¹. Por lo tanto, tras esta regulación: a) en casos de nacimiento múltiple se

¹ “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 aquella”.

multiplica también la duración del permiso, lo que remite a la hora de ausencia y genera dudas sobre si es extensible a la reducción de jornada alternativa; b) la posibilidad de acumular el descanso se reconoce a favor de “la mujer”, siendo razonable pensar que lo mismo sucede cuando el derecho lo ejercita el padre; c) la acumulación del permiso solo es posible si lo prevé el convenio colectivo o se pacta individualmente con el empleador.

ET de 2012.- Posteriormente, el RD-L 3/2012, de 10 de febrero (convalidado y sustituido por la Ley 3/2012, de 6 de julio) introduce diversas novedades. Primero, amplía el derecho en cuestión, que ya no queda limitado a los supuestos de hijos biológicos, sino que también se extiende a las situaciones derivadas de adopción o acogimiento². En segundo lugar, regula la posibilidad de que el disfrute acumulado se pueda llevar a cabo por “quien ejerza el derecho”, es decir, tanto por el padre como por la madre. Finalmente, prescribe que este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores³, pudiendo ser disfrutado por solo uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen. Por lo tanto, tras estos cambios: a) la titularidad del derecho ya no es femenina sino que estamos ante un derecho individual de “los trabajadores”; b) la lactancia ya no se anuda a la filiación, sino que se extiende a los supuestos de adopción o acogimiento; c) la identificación de los supuestos asimilados a la afiliación se parifica con la de aquellos que propician la suspensión del contrato de trabajo; d) el permiso ve multiplicada su duración no solo en los casos de nacimiento múltiple, sino también en los supuestos de adopción o acogimiento de tal índole; e) la posibilidad de acumulación ya no se reconoce solo a favor de la mujer; f) se abre a cualquiera de los progenitores la posibilidad de ejercer el derecho, aunque solo de uno de ellos.

ET de 2015.- La última novedad fue introducida por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y que amplía el derecho a los supuestos de guarda con fines de adopción.

Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP).- Por otra parte, debe destacarse que la redacción del ET no es similar al correspondiente a la misma institución y regulado en el artículo 48.f EBEP, que extiende el derecho hasta los doce meses

2 La norma considera ahora sujeto causante al menor de nueve meses, ya sea hijo biológico, adoptado o acogido. Eso permite descartar abiertamente las especulaciones sobre si el permiso es aplicable o no a los supuestos de adopción y a los de guarda legal de hecho fundadas en que la Ley, a la hora de configurar el beneficio, se basaba tan solo en el hecho biológico (maternidad o paternidad) prescindiendo de cualquier otro dato. Por ese mismo motivo, algunos convenios colectivos mencionaban expresamente el supuesto de la adopción.

3 En el nuevo texto se sustituye la expresión femenina “las trabajadoras” que encabezaba el inicio del precepto por la genérica de “los trabajadores”; recuérdese el tenor el precepto derogado: “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 fórmula legal “este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres” ya venía siendo utilizada por el legislador con anterioridad en los arts. 37.5 ET (reducciones de jornadas por cuidado de menores o personas con discapacidad o cuidado de familiares impedidos) y 46.3 ET (excedencias por cuidado de hijos y familiares), si bien en estos supuestos solo se restringe su ejercicio cuando “dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante”, en cuyo

El permiso por lactancia diez años después de la Ley de igualdad

del hijo, amparando que la hora de ausencia al trabajo pueda disfrutarse también tanto al inicio como al final de la jornada laboral, así como el disfrute acumulado por “la funcionaria”. Se indica, igualmente, que este derecho “podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen”. Igualmente, se prevé el incremento proporcional del permiso en los supuestos de parto múltiple.

Texto vigente.- Sumariamente descrita la evolución de este permiso, como casi siempre sucede, acaba siendo imprescindible la lectura reposada de la regulación estampada en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores vigente en 2018.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este 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, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

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

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

2. Naturaleza y finalidad

Es un permiso.- La contextualización del art. 37 ET permite apreciar que su regulación se encuentra excluida del precepto destinado a la regulación de los permisos tradicionales (art. 37.3 ET), por lo que inicialmente podría considerarse que la institución analizada no tendría el carácter de permiso. No obstante lo anterior, su regulación incluye una definición explícita como permiso (art. 37.4 ET), curiosamente a diferencia del apartado precedente (art. 37.3 ET) que en ningún momento utiliza de forma expresa tal denominación. Del mismo modo, tampoco se considera una disminución de jornada con disminución proporcional de salario vinculada a la guarda legal (art. 37.6 ET).

Por tanto, puede concluirse que se trata de una institución jurídica específica, con naturaleza de permiso. Su evolución, sumariamente recordada ya, muestra que debe ser analizada en relación con las normas de conciliación de la vida laboral y familiar, avanzando en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, permitiendo que unas u otros puedan acogerse a este beneficio, lo que redundará, en definitiva,

caso “el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”. Es verdad que en los mencionados supuestos el disfrute de los derechos por parte de los trabajadores no conlleva coste alguno para el empresario. Recordemos que en los supuestos de reducción de jornada hay una disminución proporcional del salario y en la excedencia, simplemente, no hay salario. En la lactancia del menor de nueve meses, estamos, por el contrario, ante un permiso retribuido.

en pro de la protección del interés de los menores⁴.

Tutela al menor de nueve meses.- La finalidad de este derecho no se vincula a la protección de la maternidad (Lousada, 2010), sino a la del menor y a los cuidados que debe recibir durante la fase biológica del puerperio, lo que hace cada vez más dudosa la adecuación de la denominación del permiso pues ya hace tiempo que está desvinculado del hecho biológico de la lactancia. El interés jurídico protegido no es otro que el cuidado y especial atención que requiere el menor en esta fase de su vida (Rodríguez, 2017).

No obstante, atribuir la titularidad al hijo parece bastante reduccionista cuando sin contrato de trabajo de los progenitores no surge el derecho. Del mismo modo, los padres no causan por sí el citado derecho, sino que han de acreditar que tienen un hijo (o asimilado) menor de nueve meses. En consecuencia, se ha de ponderar conjuntamente todos los intereses en presencia al objeto de tratar de armonizarlos.

3. Requisitos para el nacimiento del derecho y dinámica de su reconocimiento

El nacimiento del derecho a disfrutar el permiso por lactancia requiere la concurrencia conjunta de una serie de circunstancias que se indican a continuación. Además, el derecho se extingue si desaparecen sus titulares (por ejemplo, por fallecimiento del menor o de los padres) o los presupuestos aplicativos (es el caso de extinguirse el contrato, etc.).

Presupuestos.- En primer lugar, la redacción actual de la norma reconoce el derecho al permiso cuando concurren las siguientes circunstancias: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. De este modo, este derecho no corresponderá en el supuesto de otros vínculos familiares distintos, por mucho que puedan guardar cierta analogía (por ejemplo, abuelo-nieto), salvo que concurren las circunstancias señaladas.

El segundo requisito consiste en que el hijo (o asimilado) debe ser menor de nueve meses (doce en la regulación del EBEP). Merece la pena destacar que en la primera norma que reconoció el derecho (Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo), este no se limitaba a los hijos menores de nueve meses, sino que se extendía a los hijos en “periodo de lactancia”, sin limitación temporal, por lo que se prolongaba durante todo el tiempo que durase la situación de lactancia natural. La limitación vinculada a una edad concreta del menor (los nueve meses) apareció por primera vez en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Será indiferente, en consecuencia, la duración real de la lactancia natural (e, incluso, si esta llega a producirse), pudiendo exceder o ser inferior al período referido⁵.

El tercero de los requisitos o presupuestos no es otro que la condición de per-

4 STS 9 diciembre 2009 (RJ 2010, 2).

5 El actual permiso por lactancia en ningún caso vincula su duración a la de la lactancia biológica sino a un dato objetivo: que el hijo sea menor de nueve meses; en consecuencia, dicho beneficio ha de durar en tanto el hijo menor tenga menos de nueve meses, contados obviamente desde el nacimiento. Una vez que el hijo supera esa edad desaparece automáticamente el permiso, pero como se está ante un derecho mejorable es claro que el tope de edad puede ser ampliado por la negociación colectiva, pactos individuales o concesiones

de trabajador por cuenta ajena, aunque no importa la modalidad (jornada completa o parcial, duración indefinida o temporal, la cualidad del empleador o cualquier otra circunstancia). El ejercicio del derecho no está condicionado a una previa antigüedad o prestación de servicios.

Reconocimiento.- Concurriendo tales requisitos, la dinámica de su reconocimiento exige, como cualquier otro permiso, el previo aviso y justificación (debiendo acreditarse el hecho causante y edad del menor, mediante aportación de la documentación correspondiente: libro de familia, partida de nacimiento, etc.), siendo preciso que el trabajador que lo disfrute indique la modalidad en que desea ejercerlo (de forma acumulada, fraccionada...). La regulación legal no establece ningún plazo específico de preaviso, por lo que su ausencia difícilmente será causa justificada de denegación, aunque es evidente que han de respetarse las exigencias de la buena fe.

Trabajo de ambos progenitores.- Además de lo anterior, en caso de que ambos padres trabajen solo uno de ellos podrá disfrutar el permiso. Suele afirmarse que quien ejerce el derecho debe acreditar que el otro progenitor no está haciendo uso del derecho (con un certificado de la empresa o una declaración formal al respecto), pero en realidad el legislador ha dejado estas cuestiones en manos de los convenios colectivos, los usos y costumbres profesionales, o la propia dinámica de la relación laboral. La práctica indica que cuando es un varón quien ejerce el derecho las empresas solicitan esa justificación y no al revés, lo que probablemente es poco respetuoso con las exigencias de la no discriminación y la finalidad de la Ley.

Cambios en la titularidad.- Otra cuestión, relacionada con todos estos aspectos, refiere a la posibilidad de que, durante el período de ejercicio del derecho, se cambie el titular de su disfrute, pasando de un progenitor a otro. Reconociendo la existencia de argumentos favorables tanto para la contestación negativa cuanto para la positiva, lo más adecuado parece posibilitar el cambio siempre que sea razonable y no se cometan abusos de derecho⁶ o se actúe de mala fe, además de preavisando al empresario o empresarios afectados. A la postre, con mayor o menor acierto, lo que se persigue es posibilitar el reparto entre los progenitores de las cargas derivadas del nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, intentando evitar que, como es usual, recaiga de modo preferente, cuando no exclusivo, en la mujer trabajadora con los consiguientes costes personales y perjuicios profesionales que ello acarrea sobre la misma, como, entre otros, el doble trabajo, el demérito de su carrera profesional o la subvaloración de su actividad profesional respecto de la del padre.

empresariales, etc. (VELASCO, 2016). También, STCT 30 enero 1981, que recoge un supuesto de ampliación como condición más beneficiosa *ad personam*

⁶ Ejemplo claro de ello es el disfrute acumulado del permiso por parte de uno de los progenitores y la posterior reducción diaria de su jornada por parte del otro

4. El debate sobre la titularidad (originaria o derivada) del derecho

Regulación.- Titulares del derecho son los trabajadores, hombres o mujeres que sean “progenitores” por nacimiento de un hijo biológico, pero también por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de un menor de nueve meses. La construcción normativa abandona la clásica idea de que es la madre quien posee el derecho originariamente y solo de forma derivada puede pasar a otra persona. Si alguno de los progenitores no trabaja, carece de derecho alguno. Pero si cualquiera de ellos lo hace surge el permiso. “Los trabajadores tendrán derecho”, afirma el legislador, orgulloso de la parificación de géneros. Para disipar cualquier duda, el último tramo del apartado clarifica lo que ya dejaba clara la locución reseñada, al utilizar un masculino de alcance general: “Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”.

Cualquiera de los progenitores devenga los beneficios de referencia, sin que haya una titularidad originaria única, ni siquiera preferente, como tampoco aparece una fórmula para solucionar posibles concurrencias. Quien posee la condición de progenitor es titular del derecho con independencia del sexo, sin necesidad de que nadie le ceda la facultad; carece ahora de sentido hablar de titularidad originaria y derivada⁷.

Titularidad dual.- Nacido el derecho, este podrá ser ejercitado de manera indistinta por padres o madres, con independencia de su sexo. No obstante, en caso de que ambos trabajen, solo podrá disfrutarlo uno de ellos⁸. De este modo, el interés del menor deja de contemplarse desde una perspectiva monista y femenina (garantizar que haya una persona con mayor disponibilidad horaria durante sus primeros meses de vida, atribuyendo ese papel a la madre), para pasar a bilateralizarse y desfeminizarse (resulta indiferente que la madre ya esté en condiciones de atender al menor).

Cosa distinta es que en caso de conflicto entre los dos titulares pueda estarse a la finalidad de la regulación (el interés del menor) a la hora de tomar una decisión sobre el particular.

La anterior polémica acerca de madres autónomas.- En este particular ha existido una amplia polémica judicial, hoy en día prácticamente resuelta, relativa al disfrute del permiso en determinadas situaciones concretas de los progenitores. Así, inicialmente hubo algún pronunciamiento que denegó el derecho a disfrutar el permiso por el padre en el supuesto de que la madre fuese trabajadora por cuenta propia y no por cuenta ajena (amparándose en que no se podía ceder lo que no se tenía)⁹. Esta postura fue superada por la STJUE de 30 de setiembre de 2010, asunto Roca Álvarez (Fotinoupolou, 2010; Lousada, 2010; Maneiro, 2013; Rodríguez, 2010), que aclaraba que el hecho de que solo la madre trabajadora por cuenta ajena pueda disfrutar del permiso por lactancia podría contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones, al mantener a los hombres en una posición subsidiaria respecto al ejercicio de su función parental, obligando además a

7 Algunos convenios ya identificaban a los trabajadores como titulares originarios del derecho, tal y como hace el propio ET ahora, de manera que es como si la norma hubiera venido a extender la ventaja de referencia.

8 Se plantea la duda de si cuando uno de los padres trabaja en régimen laboral y el otro al amparo de normas administrativas o funcionariales ha de jugar la titularidad indistinta y la prohibición de disfrute dual.

9 STSJ Navarra 24 de junio 2008 (AS 2008, 1779).

a la madre a limitar su actividad profesional. De ello resultaría que las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena siempre podrían disfrutar del permiso de lactancia en tanto que los padres que tienen dicha condición solo podrían disfrutarlo en determinados supuestos (cuando la madre también tenga dicha condición), no siendo en consecuencia la mera cualidad de progenitor suficiente para permitir que los hombres que sean trabajadores por cuenta ajena puedan disfrutar del derecho, si bien en el caso de las mujeres sí basta con dicha cualidad¹⁰.

Al respecto, puede apreciarse que las situaciones de los trabajadores padre y madre, respecto de sus hijos, son comparables en cuanto a la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para el cuidado de aquellos. Debe tenerse en cuenta que, aunque inicialmente fuese previsto dicho permiso con el fin biológico del amamantamiento por parte de la madre, la evolución normativa lo ha desvinculado de dicha finalidad al no referirse ya en exclusiva a la lactancia natural, habiéndose admitido desde hace años que se conceda el permiso en supuestos de lactancia artificial¹¹. En la actualidad, se considera un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad, motivado por la atención o cuidados que el menor debe recibir en sus primeros meses de vida, entendiéndose que el objeto del permiso es que el trabajador pueda vigilar y ser directamente responsable de la crianza del hijo¹², dedicándose a la especial atención que el recién nacido requiere en esta fase de su vida¹³.

En consecuencia, no persisten causas que justifiquen su atribución prioritaria u originaria a la madre. De este modo, se concluyó que el permiso puede disfrutarse indistintamente por ambos progenitores, lo que implica que también ambos podrán asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo.

10 En este sentido, las SSTSJ de Madrid 10 octubre 2008 (AS 2009, 763), 5 octubre 2015 (AS 2015, 2168) y SJS núm. 1 de León 18 mayo 2016 (AS 2016, 864), consideran que la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores sin que la circunstancia de que el otro progenitor, sea trabajador por cuenta propia o no preste servicio alguno impida su reconocimiento. En el mismo sentido, la STSJ Andalucía (Málaga) 30 enero 2014 (AS 2014, 1124), que reconoce el permiso al trabajador varón sin que la madre trabaje, o la SJS Pamplona 12 septiembre 2014 (AS 2014, 2793) que lo reconoce encontrándose la madre en excedencia voluntaria. Además, se considera que vulnera el derecho de igualdad la empresa que exige a sus trabajadores varones justificar la no utilización de este permiso por el otro cónyuge por haber renunciado al mismo y no hacerlo así con las trabajadoras de la propia empresa (STSJ Andalucía 3 octubre 2013 [AS 2014, 348]).

11 Es verdad que la Ley utiliza el término de "lactancia" y que ello propicia la imagen de tiempo dedicado a tal función; lo que sucede es que el uso extensivo del concepto y las actuales concepciones sociales acerca de la relación entre padres e hijos pueden respaldar una interpretación muy amplia del concepto. Por lo pronto, no se discute que la lactancia pueda ser natural o artificial; tampoco se rechaza que en lugar de leche se suministren otros alimentos; por lo general también se admite que quien disfruta del permiso esté presente junto a su hijo aunque no realice la alimentación personalmente; en fin, una corriente interpretativa amplia entiende que el permiso se legitima con tal de que se dedique al cuidado (no solo a la alimentación) de la criatura, como ya explicita algún convenio colectivo.

12 STCT 8 abril 1978.

13 STCT 23 noviembre 1987.

Situación actual.- Ya ha quedado expuesta la evolución experimentada por el artículo 37.4 ET. Debe insistirse en que a ambos progenitores se les reconoce un derecho originario al permiso de lactancia, pudiendo disfrutarlo el padre incluso en los supuestos en que la madre no trabaje¹⁴. El legislador omite cualesquiera detalles acerca de cómo ha de operarse (¿quién decide el disfrute?, ¿puede ser sucesivo?, ¿cómo se enteran los empresarios de la opción?, ¿qué sucede si madre y padre reclaman el derecho?, etc.).

Como consecuencia de lo anterior, solo podrá ser disfrutado por el progenitor que tenga la guarda o custodia legal del menor, en caso de separación matrimonial, y no el otro cónyuge¹⁵.

5. Derecho necesario relativo

La regulación legal del permiso se fundamenta en normas de Derecho necesario relativo, que podrán ser mejoradas (nunca empeoradas) mediante la negociación colectiva, pacto individual o incluso concesión unilateral que mejore lo establecido por la Ley.

Estando claro ese punto de partida, sin embargo, dados los silencios legislativos acerca de numerosas cuestiones de detalle, la duda puede surgir en muchos casos por no quedar claro si estamos ante una concreción o un empeoramiento de lo previsto por la Ley. Sentado lo anterior y partiendo del carácter mínimo de la regulación legal, una vez reconocido el derecho resta por analizar las condiciones de su ejercicio.

6. Retribución

Aunque la norma no indica de forma expresa que se trate de un permiso retribuido, se ha reconocido así de forma pacífica por los tribunales, corriendo a cargo del empresario la obligación de abonar el salario correspondiente, con independencia de la modalidad de disfrute (ausencia, reducción de jornada, acumulación). La media hora de reducción de jornada se reputa, según quedó dicho, como tiempo de trabajo efectivo y, consiguientemente, ha de ser abonada según lo sea la jornada de donde se detrae¹⁶. Conforme al Convenio núm. 103 de la OIT (1955), relativo a la protección de la maternidad (ratificado el 26 de mayo de 1965 y publicado en BOE de 31 de agosto de 1966),

14 Así, “exigir que los dos progenitores sean trabajadores supondría desconocer este derecho para el trabajador de las familias monoparentales, incluido el caso de la mujer lactante que cría a su hijo sola y sin el otro progenitor, quizá desconocido. Incluso desaparecería el fundamento que se aduce para justificar la interpretación contraria a la que aquí se sostiene, esto es que el menor ya tiene la atención del progenitor que no trabaja, en el supuesto de parejas separadas cuando no se comparte la guarda y custodia, en las que la situación en que se encuentre el otro progenitor a estos efectos carece de interés con respecto del menor en tanto que en ningún caso lo podrá atender porque no tiene reconocida su guarda y custodia o tiene retirada la patria potestad” [STS] Cataluña 7 marzo 2018 (sentencia 1581/2018).

15 STS] Cataluña 3 febrero 1998 (AS 1999, 1108).

16 En este sentido, STS] Baleares de 19 septiembre 1996 [AS 1996, 2860].

El permiso por lactancia diez años después de la Ley de igualdad

de trabajo y remunerarse como tales” (art. 5)¹⁷. Si se opta por la ausencia o la acumulación, en buena lógica, la solución ha de ser coincidente.

Precisando más esa importante consecuencia, la doctrina judicial dominante sostiene que cualquier pérdida económica para el trabajador sería contraria al espíritu de la Ley, por lo que la norma ha de entenderse como garantizadora del salario íntegro, como si efectivamente se realizase el trabajo, comprendiendo todos los complementos existentes, se acumule o no el disfrute¹⁸.

Si se opta por la ausencia o la acumulación, en buena lógica, la solución ha de ser coincidente. Además, ya desde el Preámbulo de la Directiva 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia se indica que tales medidas “no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”.

Reforzando esa conclusión, mediante argumento a contrario, puede observarse que en otros supuestos (como el permiso por nacimiento de hijos prematuros) si se prevé expresamente la reducción proporcional de jornada y salario.

Cualquier interpretación sobre la ausencia de expresa previsión en materia retributiva del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, debe considerarse contraria al espíritu y finalidad de la norma. Por ello, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica, debiendo incluirse todos los conceptos que el trabajador viniese percibiendo con normalidad, objetivos y los complementos funcionales¹⁹. El convenio colectivo puede incidir en la remuneración del permiso y el análisis de conformidad del mismo; respecto del mínimo indisponible que surge del mandato legal está que se incluyan los complementos salariales que constituye la contraprestación efectiva de la actividad laboral ordinaria²⁰.

17 El Preámbulo de la Directiva 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia indica que tales medidas “no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada”.

18 SAN 19 noviembre 2007.

19 STS 9 diciembre 2009 (RJ 2010,2), en relación con la regulación que de este derecho efectúa el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, al señalar que la falta de regulación específica en la ley sobre la retribución del permiso de lactancia, esta debe ser íntegra, comprendidos también los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales, ya que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley ratificando la SAN 6 julio 2007 (JUR 2008, 139598).

20 En ese sentido, por ejemplo, STS 6 marzo 2012 (RJ 2012, 4174).

7. Modalidades de disfrute

Modalidades.- Actualmente, son tres las modalidades de disfrute del derecho: ausencia del trabajo, reducción de jornada o acumulación del descanso²¹. De las dos opciones concedidas (una hora de ausencia o reducción de jornada en media hora) una ha de ser elegida por el titular del derecho y, lógicamente, comunicada al empresario a fin de que pueda organizar su actividad en consecuencia, debiendo de estarse a lo prevenido en el número 6 del propio artículo 34 ET. La dinámica de su reconocimiento exigirá el previo aviso y justificación (debiendo acreditarse el hecho causante y edad del menor, mediante aportación de la documentación correspondiente: libro de familia, partida de nacimiento, etc.), siendo preciso que el trabajador que disfrute el permiso indique la modalidad en que desea ejercitarlo (de forma acumulada, fraccionada...).

Para la norma, ausentarse equivale a marcharse del trabajo cuando ya se ha iniciado y con la obligación de regresar, mientras que reducir jornada implica adelantar inicio o postergar final de la actividad diaria. El derecho puede ejercerse poniendo en juego una ausencia de una hora, pero también puede dividirse “en dos fracciones” (cuya suma debe equivaler a sesenta minutos, aunque pueden ser de entidad diversa).

Es discutible si puede alterarse la opción por alguna de esas modalidades y activar otra distinta. También se ha discutido la posibilidad de compartir el disfrute del derecho.

Posibilidad de novación.- A favor de la referida posibilidad cabe argumentar que, al no restringirse el ejercicio del derecho corresponde al progenitor elegir cada día entre las distintas posibilidades previstas en la Ley, pues esta se lo concede “con total y absoluta discrecionalidad para la madre”, en los términos acuñados por la doctrina tradicional²². En contra de la misma aparece el elemental deber de buena fe, que impide que los derechos puedan ser ejercidos de forma abusiva. En todo caso, no parece que pueda haber problema en los supuestos de una comunicación realizada desde el primer momento y siempre que no resulte absolutamente arbitraria o injustificada, permitiéndose la petición de una opción general e inicial, para organizar adecuadamente la actividad productiva, pero posibilitar variaciones —transitorias o permanentes— cuando existan razones que lo justifiquen.

En esa misma línea argumental suele invocarse el carácter muy limitado del derecho en cuestión, hasta el punto de que la doctrina ha puntualizado de manera unánime que la hora de ausencia resulta manifiestamente insuficiente salvo que el domicilio del progenitor se encuentre suficientemente cerca del centro de trabajo o que la propia empresa cuente con un servicio de guardería, etc. (Fernández, 2006). En los mismos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo²³. Por lo expuesto, parece razonable entender que solo una flexibilización en cuanto a la forma de su ejercicio permitirá ajustar el ejercicio del derecho a su finalidad.

21 El *dies a quo* del plazo para el ejercicio del derecho lo constituye el día del nacimiento del menor y el *dies ad quem* es el cumplimiento de los nueve meses (SSTSJ Navarra de 15 diciembre 2003 [AS 2004, 2090] y 24 junio 2008 [AS 2008, 1779]).

22 STCT 23 marzo 1988.

23 La STS de 20 de junio de 2005, RC 83/2004 (RJ 2005,6597) señaló expresamente que “conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la Ley (artículo 3 del Código Civil) constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable

Posibilidad de disfrute compartido.- También debe destacarse que la normativa atribuye el derecho en exclusiva a uno solo de los progenitores en caso de que ambos trabajen, sin que se prevea el disfrute compartido (parcial o íntegramente).

Sin embargo, algún pronunciamiento (con la particularidad de que hacía referencia a un supuesto de parto múltiple) ha entendido que debe permitirse el reparto con la única limitación temporal de la edad del menor y sin superar la duración máxima del permiso²⁴, pareciendo adecuado posibilitar el cambio siempre que sea razonable y no se cometan abusos de derecho o se actúe de mala fe, además de preavisando al empresario o empresarios afectados. Esta posibilidad se justificaría en la idea de compartir las obligaciones familiares.

Si bien se mira, lo que la Ley parece prohibir es el disfrute simultáneo, pero no aparece una clara prohibición de que una parte del periodo de los nueve meses sea disfrutada por uno de los progenitores y posteriormente lo haga el otro. Incluso esto parece preferible desde la perspectiva de compartir responsabilidades familiares (quienes trabajan) y sus costes (los empleadores). De este modo, y compendiando lo expuesto:

- Si solo uno de los progenitores trabaja habrá de ser él necesariamente el titular del derecho. La titularidad viene dada por el hecho de trabajar (por cuenta ajena, cabría añadir).
- Si no trabaja ninguno de los progenitores durante el tiempo en el que el permiso puede disfrutarse, tampoco puede haber titular ni, por tanto, permiso.
- En caso de que ambos trabajen el permiso puede disfrutarse por cualquiera de ellos completamente o de modo fraccionado con el fin de compartirlo.

A. Ausencia durante una hora

Una primera posibilidad de disfrute consiste en ausentarse del trabajo durante una hora, abandonando el mismo y regresando posteriormente. Con criterios flexibles y atentos al fin del permiso, se entiende que es el titular del permiso quien debe determinar cuándo cuadra mejor a sus necesidades, sin que nada impida que se sitúe al final de la jornada de mañana o al principio de la jornada de tarde cuando el horario es partido.

Recordemos que la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. También interesa ahora reiterar que nos encontramos ante un permiso o licencia; el tiempo durante el cual se deja de prestar materialmente la actividad debe computar como trabajo efectivo a todos los efectos.

tiempo en los desplazamientos (...), la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral".

24 SJCC-A núm. 11, núm. 76/2013, de 4 de abril (JUR 2013,120887).

B. Dos ausencias de una hora total

La ausencia de una hora puede dividirse “en dos fracciones”; la norma no exige que sean dos mitades exactas, admitiendo implícitamente su desigual duración temporal, pero lo que sí precisa es que ambas ausencias equivaldrán en cómputo conjunto a la hora.

Realmente, lo que quizá hubiera interesado en muchas ocasiones es retrasar en media hora la entrada al trabajo y adelantar la salida en otro tanto, pero esas hipótesis no han accedido al texto legal. Lo que sí se entiende factible es asignar media hora al final de la jornada matutina y otro tanto al inicio de la vespertina pues así también hay ausencia cuando se está prestando actividad laboral y se produce el retorno a la misma²⁵.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

C. Reducción de la jornada en media hora

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Esta tercera opción equivale a entrar a trabajar más tarde o a cesar antes; el inicio o el término se reducen en media hora; se supone que ello tiene ventajas equiparables al dejar de trabajar durante el doble de tiempo pero con las obligaciones ya descritas de incorporación anterior y posterior a la(s) pausa(s). La norma es lo suficientemente clara como para despejar cualquier duda acerca del carácter abstracto e incondicionado de la decisión: ni está sujeta a demostración de causa, ni es fiscalizable.

No es clara, sin embargo, la referencia a la “jornada” sobre la que ha de practicarse la reducción. Para clarificarlo hay que recordar la evolución normativa. Tras la modificación operada mediante Ley 39/1999, en línea de flexibilizar esta figura, la reducción de la jornada en media hora procede siempre (por ejemplo, en trabajos a tiempo parcial) y no solo cuando se complete la “jornada normal” a que antes aludía la norma²⁶.

Algunas veces la negociación colectiva eleva esa reducción de jornada hasta la hora que dura la ausencia (previendo también el momento a que ha de aplicarse), adopta previsiones dirigidas a flexibilizar la duración del permiso, o especifica cómo ha de jugar en los supuestos de horario flexible²⁷.

25 “Es permisible que la disfrute al final de la jornada de la mañana —una hora antes de su término— o bien antes del inicio de la tarde, incorporándose una hora después, sin que en modo alguno ello suponga disminución de jornada, ya que el tiempo intermedio entre jornada de mañana y tarde es de descanso preceptivo” (STCT 23 marzo 1988. En el mismo sentido, STSJ Madrid 23 enero 1990).

26 En sentido diverso, la STSJ Castilla y León (Burgos) de 14 diciembre 1998 (AS 1998, 6604) entendió que si se trabaja durante veinticuatro horas seguidas (guardia médica) el derecho legal surgiría tres veces (una por cada turno o jornada ordinaria).

27 Lo cierto es que, pese a lo consolidado de la fórmula disyuntiva, no acaba de entenderse muy bien por qué resulta imposible postergar durante una hora entera la entrada al trabajo y adelantar la salida otro tanto, mientras que sí se admite que se intercalen dos pausas de duración similar, como se ha indicado en el supuesto anterior. De hecho, en la regulación prevista en el EBEP esta posibilidad no se limita en el tiempo a media hora, señalándose que “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”.

El permiso por lactancia diez años después de la Ley de igualdad

En caso de optarse por la reducción, el trabajador ha de efectuarla sobre “su jornada”. Es decir, sobre la jornada efectivamente realizada, no sobre la jornada ordinaria o normal de trabajo en la empresa. De tal modo que las trabajadoras con jornada inferior a la normal no se verán privadas de este derecho, que además deberán disfrutar íntegro, sin reducción proporcional²⁸.

D. Acumulación del derecho en jornadas completas

Como reacción a la rigidez de una alternativa legal desfasada, algunos convenios empezaron a permitir la acumulación (en el mismo mes) de la totalidad de horas por lactancia. La jurisprudencia consideró válida la previsión convencional conforme a la cual la ausencia diaria correspondiente al “permiso por lactancia” puede transformarse en el derecho a un mes de permiso retribuido, pues el precepto legal en estudio (norma de Derecho necesario relativo) resulta así mejorado, permitiendo en muchos casos una atención mejor al menor, adaptándola a la actual realidad social y permitiendo la elección por una modalidad u otra de ejercicio²⁹.

Desde la LOI, es el propio legislador el que prescribe que el titular del derecho al permiso diario (una hora) no sólo puede sustituirlo por la reducción de jornada (media hora) sino también “acumularlo en jornadas completas”, discutiéndose si lo acumulable son las ausencias (una hora al día) o las reducciones (media hora). La interpretación lógica conduciría a entender que se puede dejar de trabajar (con retribución a cargo de la empresa) sólo el tiempo que hubiera sumado, fecha a fecha, la reducción de jornada; la literal (refiriendo la acumulación al derecho, masculino, y no a la reducción, femenino) y el entendimiento pro operario conducen a la solución opuesta.

Es verdad que esta excepcional acumulación procede “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” y que por esos cauces hallará muchas veces solución la duda planteada³⁰. Pero resulta impensable que el convenio pueda minorar derechos (si se entiende que la acumulación es de una hora por día laboral).

Esta modalidad de disfrute de permiso no se configura como derecho absoluto del trabajador o trabajadora, sino condicionado a lo previsto en el convenio colectivo o al acuerdo con el empresario. Esto supone la necesidad de que el convenio o acuerdo aplicable prevea expresamente la opción y fije su régimen. En defecto de previsiones convencionales,

28 Ver STSJ Cataluña 18 marzo 2003 (AS 2003, 1955), respecto de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial y la STSJ de la Comunidad Valenciana 24 mayo 2002 (AS 2003, 2289), respecto de quienes disfrutaban de una jornada reducida por razón de guarda de menor.

29 STS 20 junio 2005 (RJ 2005, 6597; caso Aldeasa). véase (Sánchez, 2004)

30 La STSJ Galicia 3233/2012 de 29 mayo (JUR 2012\233831) sostiene que ha de estarse a lo acordado y rechaza que sin establecerse en el convenio, ni haberse acordado entre las partes, pueda reconocerse acumular la lactancia en 26 días, por entender que como el permiso es de una hora diaria.

será preciso un acuerdo entre empresario y trabajador. Además, el convenio colectivo podrá establecer, independientemente de que se trate o no de un parto múltiple, un tope de acumulación de días, con un número de día superior o inferior, en función de esta circunstancia, o excluir incluso la acumulación. No es posible incrementar el período de acumulación prevista en el convenio colectivo en razón a la existencia de un parto múltiple³¹. En defecto de convenio colectivo o acuerdo entre empresa y trabajador deberá estarse a la voluntad de la empresa o la práctica habitual que exista en el misma³².

Debe aclararse que la acumulación se refiere a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción, lo que se deduce de la propia redacción del texto legal, que utiliza el término “acumularlo” —en relación al ejercicio del derecho, reconocido en el párrafo primero del artículo 37.4 ET—, ya que en caso de haberse referido a la reducción de jornada en media hora —previsto en el párrafo segundo del artículo 37.4 ET— habría utilizado el término “acumularla”³³. En todo caso, se trata de una norma mínima que podrá ser mejorada (nunca empeorada) por convenio colectivo o por pacto individual.

La doctrina judicial ha entendido que en defecto de pacto la acumulación se refiere a días laborables y no a días naturales, pues las horas sustituidas o acumuladas son también laborables³⁴. Probablemente hay que entender que la negociación colectiva no puede computar como días consumidos, a efectos de permiso, sino los laborales; en puridad, solo hay que contabilizar las horas de trabajo que existen en cada una de las fechas del permiso por acumulación.

Muy relevante para legitimar la técnica acumulativa acogida por el convenio es el carácter voluntario que la acumulación posee; puesto que la modalidad clásica de pausa por lactancia persiste en sus propios términos para quien lo desee; mal puede admitirse que la introducción de otra alternativa altera y desnaturaliza el régimen jurídico del permiso de lactancia. De este modo, se legitima el convenio porque permite la opción individual, sin contrariar la vigencia plena de la pausa diaria para quien así lo desee; cada trabajador puede ponderar discrecionalmente las circunstancias propias para optar por una u otra vía.

8. Concreción horaria

Respecto de la instrumentación práctica del permiso por parte de quien pretenda disfrutarlo, lo lógico es que demuestre no solo la fecha de nacimiento de su hijo sino también que el otro progenitor no está disfrutando del permiso, para lo que la norma no contempla método particular alguno, siendo quizá válida o la declaración formal

31 STSJ Andalucía 19 mayo 2011 (JUR 2011, 268656).

32 SSTSJ Cataluña 1 junio 2011 (JUR 2011, 292322) y Galicia 29 mayo 2012 (JUR 2012, 23383).

33 STS 19 abril 2018 (RJ 2018,1801). Sobre dicha sentencia véanse los comentarios de SEMPERE (2018) y Rojo (2018).

34 A falta de previsión expresa en el convenio colectivo, el cómputo de los días acumulados debe hacerse por días laborables, excluyendo los domingos y festivos [STSJ Navarra 12 enero 2017 (AS 2017,5)].

al respecto o un certificado de la empresa en que trabaje el otro progenitor que este no ha ejercitado en la misma el derecho³⁵.

Le corresponde al titular del permiso determinar el momento en que desea disfrutarlo sin que quepa oponer por parte del empresario la existencia de razones de índole organizativa o productiva, si bien deberá estar sometido a los principios de buena fe sin que pueda ampararse la simple intención del trabajador de hacer ilusoria, arbitrariamente incómoda o abusivamente imposible el legítimo derecho del empresario a organizar su trabajo³⁶.

Por su parte, a la empresa le corresponderá la carga de demostrar que la propuesta del trabajador le ocasiona graves problemas organizativos o productivos, como única posibilidad para restringir el derecho del trabajador, sin que pueda olvidarse que este tendrá una protección constitucional frente a la dimensión ordinaria del empresarial, a la hora de la necesaria ponderación. En este sentido, el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, de 18 de junio de 2009, aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, establece en sus apartados c) y d) de la cláusula tercera que jugará un importante papel la negociación colectiva, que podrá definir las circunstancias en las que el empresario estará autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la organización, previéndose incluso la posibilidad de alcanzar acuerdos particulares en el marco de las pequeñas empresas, derivadas de sus especiales características.

De este modo, el derecho a la fijación horaria no se contempla como una facultad absoluta e ilimitada, correspondiéndole la competencia para resolver las posibles discrepancias a la Jurisdicción Social, a través de la modalidad procesal específica prevista en el art. 139 LRJS, en un procedimiento urgente y preferente. Como particularidad, debe destacarse que se exige que “el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia”.

Algún pronunciamiento ha hecho referencia a qué debe ocurrir en los casos en que, como consecuencia de la negativa injustificada de la empresa a concederlo, el progenitor se vea obligado a accionar reclamando su derecho, lo que le impida acceder en plazo al permiso. En alguno de estos supuestos se ha dado la opción al trabajador a disfrutar del mismo en un plazo de nueve meses a partir de su concesión (es decir, desvinculado de los nueve meses desde el nacimiento, adopción o inicio de la guarda con

35 La no discriminación y el trato igual deben respetarse a la hora de exigir acreditación de uno u otro modo en función del sexo de quien ejerce el derecho; de igual modo, el empleador ha de aplicar similar trato a toda persona.

36 STSJ Cataluña 8 marzo 1998 (AS 1999,1721).

finés de adopción o acogimiento del menor)³⁷ o incluso se ha permitido disfrutar los días acumulados correspondientes más allá de esa fecha³⁸.

9. Términos del disfrute

En cuanto al uso material que le dé el progenitor al derecho (ausencia, reducción de jornada, acumulación), debe existir un amplio margen de disposición. Ahora bien, ha de existir al menos una conexión entre el disfrute del permiso y los fines para los que se concede, incumpléndose las obligaciones laborales cuando el beneficiario se limita a aumentar su tiempo libre, mejorar su ocio o realizar tareas productivas fuera de la empresa o, en general, desentenderse del móvil que legitima su menor actividad laboral³⁹. Tales supuestos pueden incluso constituir un abuso de confianza, especialmente teniendo en cuenta que este permiso queda configurado como un derecho-deber afectado al servicio de una función de interés social⁴⁰.

No obstante, partiéndose de la presunción de que los derechos se ejercitan de buena fe, habrá que analizar la utilización que se haga del tiempo de manera que será compatible con el fin del permiso siempre que facilite o mejore la atención al menor. En todo caso, se ha considerado un uso abusivo del permiso la utilización de dicho tiempo para prestar servicios para otra empresa⁴¹.

10. Duración del permiso

El permiso se extiende desde que tenga lugar el hecho causante (nacimiento, adopción...) hasta que el menor cumpla nueve meses.

Hay que tener en cuenta que la suspensión del contrato por maternidad no pospone el inicio del cómputo del plazo para poder ejercitar el permiso de lactancia. Ello justificará que la duración podrá ser superior para el padre respecto de la madre (por la superior extensión de la suspensión del contrato por la maternidad, respecto de la paternidad).

De igual manera, debe tenerse en cuenta que el derecho a la ausencia de una hora no deberá minorarse en el supuesto de que el trabajador haya optado por reducir igualmente su jornada al amparo del art. 37.6 ET, dado que la norma no distingue entre

37 STSJ Galicia 12 noviembre 2010 (AS 2011,73).

38 SJS núm. 3 de Pamplona 12 de septiembre 2014 (AS 2014,2793) o SJS núm. 1 de León 18 mayo 2016 (AS 2016,864).

39 En este sentido, véase la STS de 19 junio 1989 (RJ 1989, 5423). También STSJ Cataluña 29 septiembre 2000 (AS 2000, 4253), sobre despido procedente por transgresión de la buena fe contractual. El art. 37.4 incorpora este elemento finalista en su propia formulación, aunque de manera un tanto irregular; en concreto, al advertir que la opción por la segunda modalidad de disfrute ha de llevarse a cabo "con la misma finalidad" que la primera, respecto de la cual se indica, según hemos estudiado, que consiste en la "lactancia de un hijo menor de nueve meses".

40 STCT 8 abril 1988.

41 STS 19 de junio 1989 (RJ 1989, 9896).

jornada normal o reducida, refiriéndose a la que en el momento en cuestión venga disfrutando el progenitor, y tratándose de dos instituciones por lo demás perfectamente compatibles.

Por otra parte, la norma prevé expresamente que la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en caso de pluralidad de causantes (ya sea por parto, adopción, guarda con fines de adaptación o acogimiento múltiples)⁴². Resulta lógico que cada uno de los hijos genere un derecho independiente para atender a su cuidado y alimentación, que no deberá verse perjudicado por la necesidad de compartirlo con sus hermanos. Se podrá observar, además, la diferencia respecto de otras instituciones, tales como la suspensión por maternidad (art. 48.4 ET), en que el incremento generado por cada sujeto causante no se realiza en términos de proporcionalidad, sino de dos semanas adicionales por cada hijo.

La duración del permiso de lactancia puede verse afectado por otras situaciones. Se ha planteado, por ejemplo, que si tras la suspensión del contrato (por maternidad o paternidad) se disfruta de las vacaciones, el cálculo de la acumulación del permiso no podrá tener en cuenta los días correspondientes a dichas vacaciones.

11. Compatibilidad con otras instituciones

Ha sido problemática la concurrencia del permiso con otras situaciones que se vinculan a los derechos de conciliación de la vida familiar. Cuando la titularidad del derecho era femenina se entendió que la suspensión del contrato por parto es incompatible con que el otro progenitor reduzca su jornada por lactancia⁴³, pero actualmente la respuesta debiera ser la contraria⁴⁴. A continuación se analizan algunas de dichas situaciones:

42 La reforma introducida en el art. 37.1 ET por la LO 3/2007, relativa al incremento de los permisos o reducciones de jornada por lactancia en caso de parto múltiple, en cuanto constituye una norma de mínimos, prevalece sobre lo pactado en los convenios colectivos vigentes en dicho momento y viene a sustituir su contenido pero solo en relación con el aumento proporcional de la duración del permiso o reducción, no así con los días de acumulación. De esta forma, si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación [STS 11 noviembre 2009 (RJ 2010\247)].

43 STSJ Castilla-La Mancha 25 marzo 1999 (AS 1999, 3204).

44 Pretendiéndose que los trabajadores varones disfruten el permiso de lactancia de forma acumulada hasta que la hija o hijo tenga un año de edad, calculándose en relación al período que transcurra desde el final del permiso de paternidad y hasta que la hija o hijo tenga un año de edad, se estima dicha pretensión, aunque el permiso de lactancia no pueda compatibilizarse con las suspensiones de contrato, derivadas de la maternidad y/o paternidad, puesto que dicha incompatibilidad se refiere al ejercicio simultáneo por parte del trabajador, pero no existe ningún tipo de limitación legal a disfrutar el permiso de lactancia, cuando el otro cónyuge tiene suspendido el contrato por maternidad, no existiendo razón alguna para defender una interpretación restrictiva del derecho. Por lo demás, el hecho de que ambos permisos, maternidad y lactancia, compartan, entre sus finalidades, la protección y cuidado del menor, no significa, en absoluto, que el ejercicio de la suspensión del contrato, derivado del permiso por maternidad, impida al otro cónyuge acumular el permiso de lactancia,

a) Con la excedencia por guarda legal del otro progenitor

Se ha debatido acerca de la procedencia del permiso en el supuesto de que el otro progenitor se encuentre en situación de excedencia por cuidado de hijos. En este sentido, existen varios pronunciamientos que deniegan el derecho en estos supuestos precisamente por entender que ya que el otro no trabaja, tendrá disponibilidad para encargarse del cuidado del hijo⁴⁵. Esta conclusión es difícil de compartir especialmente a la vista de la doctrina europea sobre el asunto Roca Álvarez (Trillo, 2013), existiendo también algún pronunciamiento en sentido contrario⁴⁶.

b) Con la reducción de jornada por guarda legal del mismo progenitor que solicita el permiso por lactancia.

Si se disfruta del permiso por maternidad a tiempo parcial, algún tribunal entiende que el mismo trabajador no puede acogerse (simultáneamente) a los beneficios del precepto ahora comentado⁴⁷; la compatibilidad parece existir cuando quien hace uso de las posibilidades del art. 37.4 ET es persona distinta. En suma: si la misma persona reduce jornada por cuidado de hijo e invoca la pausa por lactancia, existen poderosos argumentos para posibilitar esas hipótesis, pero la doctrina judicial es contradictoria⁴⁸.

Se discute si el permiso solo procede en los términos previstos legalmente en los casos de trabajadores a jornada completa y si debe aminorarse proporcionalmente en supuestos de reducciones de la misma. No obstante, esta posibilidad no tiene amparo legal a la vista de la regulación vigente, especialmente teniendo en cuenta los siguientes argumentos: 1º) la norma no diferencia ni restringe el beneficio en cuestión (*ubi lex non distinguet...*); 2º) en todo caso, es dudoso que el sentido de los preceptos deba resolverse en términos de reequilibrio (*in dubio pro operario*); 3º) la heterogeneidad de las dos instituciones impide que la específica finalidad de la lactancia se subsuma entre

por cuanto el art. 37.4 ET y el art. 36.i) del convenio no lo limitan en absoluto, siendo perfectamente legítimo que ambos cónyuges decidan simultanear ambos derechos, con la finalidad de cuidar conjuntamente al menor en los primeros días de su existencia, al igual que es legalmente posible, que padre y madre simultaneen parte sustancial del permiso de maternidad si quieren asumir conjuntamente el cuidado de sus hijos en los momentos ya citados [SAN 19 julio 2018 (rec. 144/2018)]. Sobre dicha sentencia, véase el comentario de E. ROJO TORRECILLA: Permiso por lactancia acumulada. Sobre una buena interpretación de la norma convencional que favorezca la conciliación paterna de la vida laboral y familiar. Notas a la sentencia de la AN de 17 de julio de 2018, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/09/permiso-por-lactancia-acumulada-sobra.html>.

45 STSJ Castilla y León, Burgos 12 julio 2012 (AS 2012, 1885).

46 SJS núm. 3 de Pamplona 12 septiembre 2014 (AS 2014, 2793).

47 Así lo prescribe la DA Primera, 7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

48 Así puede comprobarse a la vista de STSJ Comunidad Valenciana de 24 mayo 2003 (AS 2003, 2289) y STSJ Cataluña 18 marzo 2003 (AS 2003, 1955).

entre las diversas atenciones que la reducción de jornadas posibilita afrontar; 4º) así lo entendió algún pronunciamiento judicial recaído al hilo de anteriores legislaciones⁴⁹.

c) Con la reducción de jornada por guarda legal del otro progenitor

Tampoco parece que pueda haber problemas en el supuesto de que uno de los padres reduzca su jornada por guarda legal y otro solicite el disfrute del permiso por lactancia. No existe superposición o solapamiento de derechos, puesto que bajo una perspectiva legal se trata de instituciones distintas, con regímenes también diferentes (la reducción de jornada no genera derecho a retribución en tanto que el permiso sí, etc.).

d) Con la inactividad del otro progenitor

Se ha discutido el derecho al permiso por lactancia en los supuestos en que uno de los progenitores solicita su disfrute, encontrándose el otro en situación de desempleo, habiendo entendido algunos pronunciamientos que el cuidado del menor quedaba garantizado durante dicha situación de inactividad⁵⁰. Esta postura ha sido fuertemente rebatida, existiendo numerosos pronunciamientos que han entendido que por tratarse de un derecho individual, resultará indiferente que uno de los dos progenitores no trabaje, entendiendo que lo contrario implicaría que un permiso como el analizado, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental⁵¹. En este mismo sentido han recaído numerosos pronunciamientos judiciales⁵².

12. Mecanismos de tutela

Como se ha señalado, el procedimiento para tutelar las situaciones en que el empleador se oponga o dificulte el acceso al derecho se tramitarán conforme a la modalidad procesal recogida en el art. 139 LRJS, caracterizada por un procedimiento urgente y de tramitación preferente. Como se ha señalado, el procedimiento para tutelar las situaciones

49 La STCT de 9 de febrero de 1978 señaló: “Es obvio que si la intención del legislador hubiera sido la pretendida por la empresa hubiera redactado de distinta forma las situaciones en que pueda encontrarse la mujer trabajadora en los apartados 5º. y 6º. [del artículo 25 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976], refundiéndolos en uno solo, lo que el legislador no ha hecho y, por tanto, debe reconocerse la compatibilidad entre la pausa por lactancia y la reducción de la jornada para el cuidado del menor”.

50 STSJ Andalucía, Sevilla 5 noviembre 2015 (AS 2015, 2473).

51 En este sentido se pronunció finalmente la STJCE 222/2014, de 16 de julio de 2015, caso Maistrellis (STJCE 2015,306), entendiendo que las disposiciones de la Directiva 1996/34 y de la Directiva 2006/54 en la materia “se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental en el supuesto de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional”.

52 STSJ Madrid 5 octubre 2015 (AS 2015,2168) o STSJ Andalucía, Granada (Sala Contencioso-Administrativo) 19 abril 2016 (JUR 2016, 143851).

en que el empleador se oponga o dificulte el acceso al derecho se tramitarán conforme a la modalidad procesal recogida en el art. 139 LRJS, caracterizada por un procedimiento urgente y de tramitación preferente.

Además, el permiso por lactancia se encuentra entre las situaciones protegidas por los artículos 53.4.b y 55.5.b ET, estableciendo ambos como causa de nulidad del despido el hecho de que el trabajador esté disfrutando dicho permiso, extendiéndose incluso la protección al supuesto de que lo haya solicitado pero aún no se haya reconocido, tratando así de evitarse que el empleador pueda anticiparse a la situación protegida por el mecanismo de despedir antes de su concesión. En tales circunstancias, el despido se declarará nulo salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho al permiso.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el período de disfrute del permiso no podrá ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del absentismo que podría justificar un despido objetivo de los regulados en el artículo 52.d ET.

13. Propuestas de lege ferenda

La redacción actual del precepto es objetivamente mejorable y, muy probablemente, se encuentra muy superada por la realidad. A continuación se enumeran una serie de posibilidades formuladas por la doctrina (Lousada, 2010) que se abren de cara a una más óptima regulación del derecho.

Resultaría conveniente valorar la necesidad de cambiar la propia denominación del permiso, desvinculándolo nominalmente de la lactancia, y anudándolo —incluso nominalmente— al período de puerperio.

También debe tenerse en cuenta el conjunto de situaciones merecedoras de protección y que, no obstante, han quedado fuera del ámbito de protección de la norma. Puede pensarse en los supuestos en que sean otros familiares los que asuman temporalmente la guarda del menor (como los abuelos, por no poder hacerse cargo los padres temporalmente del cuidado de los menores), y que se encontrarían privados de este derecho.

De forma muy generalizada se ha hecho referencia a la conveniencia de articular nuevos sistemas de ordenación del disfrute del derecho apartados de los mecanismos previstos en la ley, y que le dotasen de una mayor flexibilidad que, en definitiva, sería compatible con la finalidad real del mismo. Sería el caso, por ejemplo, de la sustitución por un crédito horario a favor de los progenitores.

Se ha planteado la posibilidad de eliminar la limitación en cuanto al disfrute del permiso alternativo, de forma que pueda ejercitarse de manera simultánea por ambos cónyuges, lo que cohonstaría con la tutela del bien jurídico protegido del cuidado

del menor, así como reduciría los efectos perjudiciales para la madre en cuanto a que sigue siendo la beneficiaria fundamental del mismo. De este modo, el permiso se convertiría en un derecho individual, mucho más compatible con la finalidad de conciliación de la vida familiar y laboral.

Por otra parte, debe valorarse la conveniencia de incentivar el ejercicio masculino del derecho o de evitar perjuicios para la madre que lo ejercita, a cuyo efecto podría aceptarse la asunción de la retribución por medio del establecimiento de una prestación con cargo a la Seguridad Social o reducción de los gastos sociales con cargo a dicho período.

Por último, y aparte de la conveniencia de bonificar a las empresas que habiliten medios específicos para facilitar la lactancia (tales como implantación de salas específicas para ello), a la vista de que la mayoría de estudios médicos recomiendan la lactancia natural por sus numerosos beneficios tanto para la madre como para el lactante, sería conveniente valorar la extensión del permiso más allá de los nueve meses, vinculado a la condición real de lactante del menor.

14. Bibliografía

- CORDERO GORDILLO, V.: “La titularidad paterna del permiso por lactancia”, *Revista de derecho social*, núm. 53, 2011.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez), *Lan Harremnak/23 (2010-II)*.
- LOUSADA AROCHENA, JF.: El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 22, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, JF.: “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)”, *La Ley* núm. 7536, 2010.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Álvarez”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P.: “La lactancia acumulada y la calidad de los días de su disfrute”, *Revista de Información Laboral* núm. 12/2017.
- POQUET CATALÁ, R.: “El permiso de lactancia tras las últimas reformas”, *Actualidad laboral*, núm. 4, 2014.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010”, *Actualidad laboral*, núm. 22, 2010.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 19/2008 paraf. 71/2008.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Permiso de lactancia. Acumulación en jornadas completas y calculada sobre una hora de ausencia diaria. Notas a la importante sentencia del TS de 19 de abril de 2018”, www.eduardorojotorrecilla.es/2018/05/permiso-de-lactancia-acumulacion-en.html.
- ROJO TORRECILLA, E.: Permiso por lactancia acumulada. Sobre una buena interpretación de la norma convencional que favorezca la conciliación paterna de la vida laboral y familiar. Notas a la sentencia de la AN de 17 de julio de 2018, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/09/permiso-por-lactancia-acumulada-sobra.html>.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: “Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido. Comentario a la SAN de 29 de marzo de 2004”, *Aranzadi Social*, número 5, 2004.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: ¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia? (Al hilo de la STS-SOC 419/2018 de 19 de Abril), *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018.
- TRILLO GARCÍA, A.R.: “El permiso de lactancia. La posibilidad de que dicho permiso pueda ser disfrutado por el padre cuando la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por excedencia por cuidado de hijos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 66, 2013.
- VELASCO PORTERO, T.: “El tiempo de trabajo y su organización”, en *El principio de igualdad en la negociación colectiva* (Dir. Carmen Sánchez Trigueros), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.