

**Acumulación del permiso de lactancia con fundamento en previsión convencional.
Comentario a la STS de 20 de junio de 2005 (RJ 2005/6597).**

Dr. Xavier Solà i Monells
Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Autónoma de Barcelona

1. Hechos

El artículo 41.d del convenio colectivo de la empresa Aldeasa, SA para los años 2003 a 2006 establece: “*Lactancia. Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante disfrute de una mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del período de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses*”. Des de 1995 los convenios colectivos suscritos en ese mismo ámbito han contemplado la posibilidad de acumular el permiso de lactancia, posibilidad que ha sido utilizada por la mayoría de trabajadoras que han ejercitado ese derecho.

El 22 de diciembre de 2003 la Dirección General de Trabajo formula demanda de impugnación de convenio donde solicita que se declare que el precepto convencional citado conculca la legalidad vigente.

La Audiencia Nacional, mediante sentencia de 29 de marzo de 2004, desestima la demanda y declara conforme a derecho el artículo 41.d del convenio colectivo de la empresa Aldeasa, SA para los años 2003 a 2006. La demandante presenta recurso de casación argumentando, al amparo del artículo 205.e del TRLPL, la infracción de los artículos 37.4 del TRLET y 3.1 del Código Civil, al entender que el convenio colectivo “*lejos de mejorar la prestación de la relación laboral supone una conculcación de un bien jurídico protegido diferente, cual es la atención y cuidado de los hijos menores de nueve meses*”.

2. Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada por la Audiencia Nacional afirmando con absoluta contundencia que el precepto convencional cuestionado crea “*una facultad otorgada el progenitor que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4 y 37.5 del ET*”. Tal afirmación se fundamenta a partir de tres argumentos.

El primero parte de la necesidad de interpretar las leyes según “*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”, en cumplimiento del artículo 3.1 del Código Civil. El Tribunal Supremo recuerda que en la sociedad actual y en un entorno urbano, donde el tiempo invertido en desplazamientos es significativo, resulta evidente que el permiso por lactancia debido a su limitada extensión “*constituye un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral*”, particularmente en casos como el de la empresa Aldeasa, SA cuyos centros de trabajo se hallan ubicados mayoritariamente en aeropuertos. La opción de disfrute que ofrece la norma paccionada se adapta mucho mejor a la realidad presente que la modalidad ordinaria de disfrute y permite un mejor cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma, que no es otra que la atención y cuidado del menor durante los primeros meses de vida. Se argumenta en esta línea que “*la asistencia que se puede dar al hijo durante media hora de disminución de jornada es sensiblemente menor a la que reconoce la norma paccionada, que alcanza un mes completo sin obligaciones laborales*”.

El segundo argumento se concreta en el carácter de derecho necesario relativo del artículo 37.4 del TRLET. El Tribunal Supremo recuerda que tal carácter implica la posibilidad de mejorarlo mediante norma convencional y que, por las razones antes expuestas, es incuestionable que el precepto cuestionada mejora la regulación legal del permiso de lactancia.

En tercer y último argumento es la configuración alternativa de la posibilidad de acumulación que reconoce el artículo 41.d del convenio colectivo de la empresa Aldeasa, SA para los años 2003 a 2006, circunstancia que excluye cualquier afectación o desnaturalización del régimen jurídico del permiso de lactancia. Se razona en esta línea que “*lo que hace el convenio es permitir una opción personal de mejora –nunca una imposición– que sin contrariar la vigencia plena de la norma, permite a aquellos trabajadores que– atendiendo a razones personales de cualquier índole– consideren que su derecho queda más protegido y la finalidad de la norma más garantizada con la acumulación de los permisos de lactancia*”, concluyendo que “*el precepto convencional no destruye, ni limita el derecho debatido, concebido siempre en atención y cuidado del menor, sino que, por el contrario, viene a ampliar, mejorando, la posibilidad de que, en los términos de la opción, los padres elijan lo que consideren más favorable para sus hijos*”.

3. Valoración

La presente sentencia es importante porque avala una práctica convencional bastante extendida que admitiendo, con distintas fórmulas, la acumulación del permiso de

lactancia, posibilita un aprovechamiento efectivo del derecho previsto en el artículo 37.4 del TRLET. No puede negarse sin embargo, como ya pusieron de manifiesto algunos análisis de la sentencia de instancia (véase 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, páginas 1 a 3), que la admisión del disfrute acumulado obliga a modificar, o como mínimo matizar, la finalidad perseguida de la institución, que pasa de ser la atención del menor durante los nueve primeros meses de vida a otra más genérica: la atención del menor dentro de ese marco temporal aunque no durante todo él. Tal matización no resulta sin embargo una operación forzada desde un punto de vista jurídico, porque, como acertadamente apunta el Tribunal Supremo, puede sustentarse en el artículo 3.1 del Código Civil.

La fundamentación de la sentencia comentada permite determinar con claridad los requisitos que deben cumplir las cláusulas que contemplan la acumulación para ser válidas e invita a efectuar algunas reflexiones que pueden resultar de interés para los sujetos que eventualmente las negocien.

La validez de cualquier cláusula convencional que contemple la acumulación del permiso de lactancia queda condicionada al cumplimiento de dos requisitos:

a) Que la acumulación se configure como una posibilidad alternativa y no sustitutiva de las dos modalidades de disfrute legalmente previstas, que son la reducción de media hora al inicio o al final de la jornada y la ausencia de una hora fraccionable. De la argumentación del Tribunal Supremo se extrae con toda claridad que la negación de estas últimas supondría una intervención excesiva e inadmisibles sobre el régimen jurídico del permiso de lactancia.

b) Que la extensión cuantitativa del permiso disfrutado en la modalidad de acumulación sea como mínimo equivalente al que correspondería si se disfrutase de alguna de las formas previstas en el artículo 37.4 del TRLET. A diferencia del anterior, este requisito no se formula expresamente pero puede deducirse de la calificación del precepto legal citado como “*derecho necesario relativo*”, que otorga al “*quantum*” de tiempo reconocido el carácter de mínimo indisponible.

Ninguno de estos dos requisitos debe generar problemas importantes, dado que la práctica totalidad de las cláusulas convencionales que contemplan la acumulación del permiso de lactancia lo hacen como una posibilidad de disfrute alternativa a las legalmente previstas y el tiempo de permiso acumulado que reconocen iguala o supera al que correspondería si se optase por un disfrute no acumulado.

El margen de maniobra que resta a los sujetos negociadores al elaborar las cláusulas de acumulación es, por tanto, muy amplio: puede preverse únicamente el disfrute de todo el tiempo acumulado de forma consecutiva a la suspensión por maternidad o admitirse otras fórmulas (disfrute acumulado del total en otro momento, días libres en el momento que decida el trabajador o trabajadora, fórmulas mixtas, etc.); puede requerirse el ejercicio de la opción a favor del disfrute acumulado al inicio o admitirse de forma sobrevenida, por el tiempo que en cada caso reste; puede fijarse el procedimiento para ejercitar tal opción o no indicar nada al respecto; etc. Es obvio que cuantas más sean las modalidades de disfrute más garantizado quedará el aprovechamiento efectivo del permiso de lactancia i también que la razonable “*procedimentalización*” del disfrute acumulado puede aportar seguridad jurídica y permite, al mismo tiempo, la tutela de los intereses empresariales, evitando situaciones sorpresivas que puedan generar problemas organizativos.