

**EL PERMISO POR LACTANCIA:
DIFICULTADES PARA EL DISFRUTE PATERNO
(Comentario a la STSJ Canarias/Las Palmas, de 22
de septiembre de 2003)**

**Núm.
31/2004**

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Extracto:

LA posibilidad de disfrute por el padre y no por la madre es tal vez la cuestión que más polémica y discusión ha levantado en torno al artículo 37.4 ET, no en vano el titular del derecho a la reducción de la jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses es la trabajadora, quien puede transferir o ceder el derecho al padre cuando también sea trabajador. El derecho de la madre prima, pues, sobre el del padre, que sólo podrá ejercerlo de manera secundaria, razón por la cual sería deseable aprovechar el contexto de una futura reforma para corregir esta disfunción.

Sumario:

1. La mujer como principal sujeto de las responsabilidades familiares.
2. Modalidades de disfrute del derecho a la reducción de la jornada por lactancia y su concreción horaria.
3. La extensión del ámbito de aplicación únicamente a los hijos biológicos o adoptivos.
4. ¿Ampliación de la duración de la licencia en caso de parto múltiple?
5. Hacia un concepto amplio del término «lactancia».
6. Titularidad del derecho.
7. Compatibilidad con otros derechos próximos.
8. La exclusión del riesgo durante el período de lactancia: la configuración de un modelo restringido de suspensión del contrato de trabajo únicamente por riesgo durante el embarazo.
9. Conclusiones.

1. LA MUJER COMO PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Pese a las novedades legislativas de los últimos años orientadas a hacer real el principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el acceso al mercado laboral, no cabe desconocer que el grupo femenino continúa estando desfavorecido, demostrándose, estadísticamente, con mayores dificultades, comparativamente con los varones, para conciliar la vida familiar y el mantenimiento de sus puestos de trabajo, todo ello lamentablemente favorecido por la pervivencia de viejos prejuicios culturales según los cuales la mujer estaría mejor preparada para asumir las tareas del cuidado y educación de los hijos ¹.

No está de más recordar cómo la organización del mundo productivo surgida de la profunda mutación que configuraría la sociedad industrial, en la que inicialmente se produjo una masiva incorporación de las mujeres al mercado laboral en condiciones carentes de regulación legal y mayoritariamente penosas, se asentó sobre un modelo social de distribución del trabajo según género: los hombres se ocuparían de las que se conocen como tareas «productivas», en el ámbito público y privado de las empresas, a través de relaciones funcionariales y de trabajo asalariado con unas condiciones contractuales crecientemente reguladas a través del naciente Derecho del Trabajo y a través de la negociación colectiva entre los actores sociales; por su parte, las mujeres se ocuparían de las llamadas tareas «reproductivas» y comunitarias (no mercantiles), en el ámbito privado de la familia, regidas por el Derecho Civil, muy poco reguladas y con escaso reconocimiento de derechos ².

La consolidación de este modelo social de organización del trabajo supuso la retirada (o expulsión) mayoritaria de las mujeres del mercado laboral y su confinación en el trabajo propio del ámbito doméstico (el cuidado del hogar familiar y la educación de los hijos) sin obtener contraprestación económica alguna a cambio. Por contra, el papel tradicional de los hombres ha sido el de producir bienes (si cabe menos esenciales o en cierta medida «de lujo» o mejora ³, pero en todo caso fuera del hogar familiar) a cambio de una remuneración ⁴; «o bien, dicho de otro modo y con mayor con-

¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (Cedecs), 2002, págs. 35 y ss.

² CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 11, 1998, pág. 2.

³ DEX, S.: *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales*, Madrid (MTSS), 1991, pág. 120.

⁴ WILLIAMS, C.L.: *Gender differences at work. Women and men in non-traditional occupations*, California (University), 1989.

tendencia, un modelo social en el que el hombre prácticamente se desentendía de cualquier tipo de obligación familiar y, de asumir alguna, lo hacía en clave intensamente subalterna, de ayuda "generosa", siempre subordinada a lo que le permitieran sus "deberes" de carácter profesional»⁵.

Este escenario ha variado indudablemente a lo largo de las diferentes épocas históricas, zonas geográficas, marcos culturales..., si bien no cabe pasar por alto su más o menos mitigada pero dura presencia, pues pese a los avances en la legislación laboral de las últimas décadas y a las políticas de promoción de la igualdad de oportunidades auspiciadas desde las instituciones nacionales y comunitarias, el desigual reparto del trabajo doméstico y las responsabilidades familiares sigue constituyendo un importante obstáculo –insalvable algunas veces– para la integración social y laboral femenina⁶.

Buena prueba de ello puede encontrarse, entre otros múltiples supuestos, en el disfrute del permiso por lactancia, cuya superior incidencia en la mano de obra femenina queda fuera de toda duda, pues, como reconoce la STSJ Canarias/Las Palmas, de 22 de septiembre de 2003⁷, objeto del presente comentario, «el permiso por lactancia es un derecho exclusivo de la trabajadora, y sólo subsidiariamente del trabajador, el cual no podrá hacer uso del mismo si la madre no trabaja o fallece».

2. MODALIDADES DE DISFRUTE DEL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA POR LACTANCIA Y SU CONCRECIÓN HORARIA

Si bien con notables modificaciones, a las que se tendrá ocasión de hacer oportuna referencia, la actual regulación de la hora de ausencia retribuida por lactancia se inscribe en una larga tradición normativa que en el ordenamiento patrio se remonta a la Ley de 13 de marzo de 1900, de donde pasaría a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y al Decreto 2310/1970, por el cual se regulaban los derechos laborales de la mujer trabajadora, y más tarde a la Ley de Relaciones Laborales de 1976, precedente inmediato de la ordenación vigente⁸. En la actualidad, el artículo 37.4 ET dispone: «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 su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen».

⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 71.

⁶ CES: *Informe sobre la situación de la mujer en la realidad socio laboral española*, 1994, pág. 91 o CEBRIÁN, I. y MORENO, G.: «Tipos de hogares y su incidencia en las decisiones laborales», en VV.AA. (BIRRIEL SALCEDO, M.J., Comp.): *Estrategias laborales femeninas: trabajo, hogares y educación*, Málaga (CEDEMA), 1998, págs. 71 y ss.

⁷ Véase la Sentencia de 22 de septiembre de 2003 del TSJ Canarias (Sala de lo Social, sede en Las Palmas de Gran Canaria) en las páginas 267 y 268 de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros (Legislación y Jurisprudencia)* núm. 253 (abril 2004)

⁸ GARCÍA NINET, J.I.: «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», *RT*, núm. 94, 1989, págs. 9-21.

Un primer acercamiento al tenor literal transcrito deja ver que se trata de una reducción «mínuscula» de la jornada (por su escasa duración y extensión temporal) ⁹, que, como reconoce la sentencia comentada, corresponde a la madre, lo cual no hace sino incrementar el difícil panorama al que se enfrenta la mujer que desea acceder al trabajo o, mejor, conservarlo o compatibilizarlo con el cuidado de los hijos.

Será la madre, por tanto, quien determine el «tiempo y modo de disfrute» del permiso durante «su» jornada (y no –como antes de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar– durante «la jornada normal» ¹⁰), notificando su elección al empresario ¹¹ «a fin de que pueda organizar su actividad en consecuencia» ¹². «Estamos, pues, ante un derecho de naturaleza potestativa para la trabajadora, que podrá o no ejercitarlo, pero que, de hacerlo, será indisponible por el empresario, quien no podrá impedir su ejercicio» ¹³.

Ahora bien, aun cuando será la titular de este derecho la que determinará el momento en que lo hará efectivo, sin que el empresario pueda oponerse alegando los perjuicios que le ocasiona la ausencia de la misma en el tiempo elegido ¹⁴, lo cierto es que «el derecho no se constituye con carácter absoluto, hasta el punto de que las posibles discrepancias entre el empresario y la trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, que finaliza con sentencia firme» ¹⁵, cuya regulación se remite al artículo 138 bis LPL¹⁶, lo cual indica –obviamente– que al empresario le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que la trabajadora pretenda poner el permiso en práctica ¹⁷.

Sorprendentemente, según este precepto, el legitimado para comenzar el procedimiento no es el empleador que se vea perjudicado por la decisión de la trabajadora, sino la propia trabajadora a la que se reconoce el supuesto derecho de concertar la banda horaria en la que desea ejercer su dere-

⁹ GARCÍA NINET, J.I.: «Tres reflexiones acerca de cambios normativos laborales y funcionariales», *TS*, núm. 148, 2003, pág. 6.

¹⁰ Puede ocurrir que la trabajadora tenga una jornada de trabajo distinta de aquella que es de general aplicación en la empresa, de manera que, a la hora de reducir la media hora, el horario que se tiene en cuenta es el de la trabajadora en concreto y no el general de la empresa. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 15.

¹¹ Pese a que el ET no establece la necesidad de notificación, tal extremo puede ser deducido, nuevamente, de la necesidad de ejercitar los derechos conforme a la buena fe. GARCÍA NINET, J.I.: «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», *op. cit.*, págs. 40 y 41.

¹² MONTOYA MELGAR, A., *et alii*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4.ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 229.

¹³ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 2001, pág. 25.

¹⁴ CORTE HEREDERO, N.: «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal», *AS*, 1998, T. V, pág. 853.

¹⁵ STS 5 noviembre 2003 (Ar. 8807).

¹⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 62. Por extenso sobre este proceso, ASEÑO PINILLA, J.L.: «Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Social Mes a Mes*, núm. 52, 2000, págs. 12 y ss. o LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares», *AL*, núm. 26, 2003, págs. 473 y ss.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *AS*, núm. 20, 2000, pág. 14.

cho. Además –y por si fuera poco–, no se faculta a la trabajadora para el ejercicio del permiso contra la voluntad del empleador hasta que el conflicto se solucione y tampoco se concretan las posibles razones capaces de justificar una oposición empresarial a la decisión de la trabajadora, carencia que, como es lógico, ha originado un importante nivel de conflictividad ¹⁸.

Para cubrir esta última laguna debería acudirse (a falta de solución expresa en el ordenamiento interno) a la cláusula 2.3 e) y f) del Acuerdo Marco sobre permiso parental, en virtud de la cual «los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán... 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 empresa, por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período de preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al tiempo un permiso parental o si una función determinada es de importancia estratégica», realizándose una especial mención a las «necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas» ¹⁹.

Por lo demás, la ausencia es de una hora, pudiendo dividirse en dos fracciones, no necesariamente iguales, aun cuando con frecuencia lo son de media hora cada una, o ser sustituidas, a elección de la trabajadora, por una reducción de la jornada normal con la misma finalidad, que podrá tener lugar, si bien el precepto no lo especifica, tanto al comienzo como al final de la jornada. Conviene aclarar que por «ausencia» cabe entender el abandono del puesto de trabajo durante el desarrollo de la jornada normal con posterior regreso al mismo, mientras que la reducción supone acortar la jornada de trabajo, bien comenzándola más tarde, bien terminándola antes.

Las alternativas posibles de disfrute de la hora de ausencia serán, por tanto, las siguientes: 1. disfrute continuado de la hora de ausencia; 2. división de la hora en dos fracciones, que no necesariamente han de ser de igual duración; 3. sustitución de este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora (y no en una), a explicar –pero no justificar– con seguridad porque en tal supuesto el trabajador o –mejor– la trabajadora invierten menos tiempo en los desplazamientos ²⁰.

En cualquiera de estas modalidades –y como crítica–, el período de disfrute del derecho resulta tan escaso que es de todo punto insuficiente para cumplir la finalidad perseguida por la norma, la lactancia del menor, dadas las largas distancias que, sobre todo en los grandes núcleos de población, han de cubrirse entre el domicilio del empleado/a y su lugar de trabajo. «Salvo, claro está, que el niño se encuentre en la guardería de la empresa o en un lugar muy cercano al centro de trabajo, la mayor parte del tiempo vinculado a la licencia se irá en los desplazamientos, haciendo estéril el beneficio. La trágica consecuencia es que la trabajadora consigue, sencillamente, trabajar media hora

¹⁸ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 49.

¹⁹ PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares», en VV.AA. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 56.

²⁰ Sobre el contenido del derecho, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 196 y ss.

menos, lo cual se vuelve contra la propia trabajadora, ya que el empresario ante estos obstáculos que carecen de funcionalidad preferirá contratar a un trabajador (quien disfrutará en muchos menos casos del permiso), al cual no tendrá que abonar media hora sin recibir contraprestación alguna»²¹.

Efectuada una determinada opción entre las diversas posibilidades apuntadas, cabe preguntarse si a lo largo de los nueve primeros meses de vida del menor dicha opción puede variarse o no. Con anterioridad a la Ley 39/1999 existía doctrina judicial consolidada según la cual «no se podía modificar la opción después injustificadamente y pasarse a otro sistema a capricho del trabajador, salvo que concurrieran excepcionales y poderosas razones»²². Postura que, si bien trata lógicamente de compatibilizar el disfrute de los permisos por lactancia con los intereses organizativos empresariales, corre el riesgo de hacer prevalecer excesivamente estos últimos sobre la finalidad del permiso mismo, si se carga el acento sobre la excepcionalidad de las razones exigidas para proceder a un cambio de la opción inicial²³.

Si se tiene en cuenta que la finalidad del permiso por lactancia es la alimentación y el cuidado del menor de nueve meses, no puede desconocerse que a lo largo de ese período puede cambiar tanto el contenido de la alimentación –de lactancia natural a artificial– como la propia periodicidad del suministro de alimentos al menor. Razones que bastan para erradicar la nota de excepcionalidad y para hacer entrar dentro de la naturaleza de las cosas la necesidad de posibles cambios en la opción elegida inicialmente. Y, seguramente, las diversas modalidades del disfrute del permiso por lactancia que prevé el propio artículo 37.4 ET no están pensadas solamente para que el titular del derecho elija de una vez y para siempre una de ellas, sino también para posibilitar el cambio de la modalidad elegida si las propias circunstancias de desarrollo del menor así lo exigieran²⁴.

3. LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ÚNICAMENTE A LOS HIJOS BIOLÓGICOS O ADOPTIVOS

Como bien señala la sentencia objeto de comentario, el beneficiario de la medida es taxativamente el hijo de la mujer trabajadora. En consecuencia, el derecho sólo alcanza a los padres biológicos o adoptivos –excluidos, por tanto, los convivientes de hecho que aun sin ser progenitores actúen como tales–, razón por la cual no podrá disfrutar del permiso el trabajador que, sin ser padre o madre, tenga bajo su guarda –legal o de hecho– un menor de nueve meses²⁵.

²¹ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M.S.: «Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas», AS, núm. 8, 1998, pág. 547.

²² STSJ Madrid 17 octubre 1989, citada por SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, op. cit., pág. 199, nota 66.

²³ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 26.

²⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, op. cit., pág. 26.

²⁵ SALA FRANCO, T.: «Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo», TS, núm. 14, 1992, pág. 10.

Sorprende esta solución reductiva, máxime cuando, de un lado, otro precepto muy próximo (sistemática y teleológicamente) al que se examina, el artículo 37.5 ET extiende el beneficio de la reducción de jornada a toda persona que tenga a su cuidado un menor por razones de guarda legal; de otro, porque la Ley 39/1999 ha añadido la situación de acogimiento tanto permanente como preadoptivo de un menor a los supuestos de filiación como situaciones que originan derecho a la excedencia del trabajador por cuidado de hijo ²⁶.

Se trata, por tanto, de una exclusión tácita de un importante número de potenciales beneficiarios que precisa ser urgentemente corregida, pues vulnera el principio de igualdad consagrado en los artículos 9.2 y 14 CE. Procede no olvidar al respecto que el interés directamente protegido es el del niño menor de nueve meses, y que el deber de custodia y asistencia de los menores no deriva sólo de la patria potestad; antes al contrario, el tutor asume la obligación de custodiar y proteger la persona a su cargo, motivo por el cual al negársele la pausa por lactancia, está siendo discriminado el niño sometido a tutela respecto del sujeto a patria potestad ²⁷.

Este vacío normativo, a todas luces criticable, podría haberse solucionado mediante una fórmula similar a la recogida en el ya mencionado artículo 37.5 ET, reconociendo el derecho al permiso o a la reducción de la jornada de trabajo por lactancia a «quien tenga a su cuidado directo un menor de nueve meses» ²⁸.

4. ¿AMPLIACIÓN DE LA DURACIÓN DE LA LICENCIA EN CASO DE PARTO MÚLTIPLE?

Aun cuando excede del supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia aquí analizada, no hay que olvidar tampoco cómo no está expresamente previsto en el ET si la reducción debe ser multiplicada en los supuestos de parto múltiple ²⁹, si bien la respuesta, según cierta jurisprudencia —«aún no del todo consolidada» ³⁰—, ha de ser positiva ³¹. Al apuntar como beneficiario de la norma al lactante parece lógico que cada uno de los hijos genere un derecho independiente para atender a su alimentación. Abona tal opción la interpretación de la partícula «un» «como artículo indeterminado o como adjetivo numeral, susceptible, por tanto, de multiplicar el derecho-deber de ausencia por la pluralidad de hijos habidos en cada ocasión». Interpretación adecuada en tanto la norma protege el

²⁶ ALARCÓN CASTELLANOS, M.: «Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», AS, 1999, T. V, pág. 1.145.

²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», AS, 1999, T. V, pág. 104.

²⁸ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pág. 68.

²⁹ MARTÍNEZ FENOLL, J.S.: *El tiempo de trabajo*, Valencia (CISS), 1996, pág. 140.

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», RL, 1989, T. II, pág. 19.

³¹ STCT 18 junio 1985 (Ar. 4063); STSJ Canarias 24 mayo 1991 (Ar. 3406) o Sala Juzgado de lo Social, núm. 2, de Cataluña/Tarragona (Ar. 4137).

derecho del niño y éste no puede verse perjudicado, en caso de parto múltiple, por la necesidad de compartirlo con sus hermanos; pero peligrosa, al tiempo, pues –como tantas veces– al elevar la carga empresarial actúa en contra de la igualdad de oportunidades entre sexos, viéndose nuevamente perjudicado el femenino, a la hora de la contratación ³².

5. HACIA UN CONCEPTO AMPLIO DEL TÉRMINO «LACTANCIA»

Existen diversidad de opiniones respecto de si el término «lactancia» debe ser entendido en sentido estricto, comprendiendo únicamente la alimentación y nutrición del menor ³³, o si dentro del mismo caben cualesquiera otras funciones destinadas a la atención y cuidado del niño ³⁴. La jurisprudencia parece decantarse por la segunda interpretación, y así ha llegado a declarar que el fin del permiso no es otro que la madre trabajadora «pueda vigilar y ser directamente responsable de la crianza de su hijo» ³⁵ y, de esta forma, «con el tiempo del que dispone, pueda dedicarse a la atención especial que en tan temprana edad el recién nacido requiere» ³⁶. Es menester, por tanto, una interpretación flexible del término, en el sentido de no incluir sólo la estricta alimentación del hijo, sino el cuidado del mismo ³⁷.

La posición doctrinal expresada viene apoyada por el hecho de haber establecido el precepto un plazo concreto (de aplicación objetiva) de nueve meses, con lo cual será indiferente la verdadera duración de la lactancia, pudiendo exceder de esos nueve meses o ser inferior ³⁸. El interés jurídico tutelado por la norma es, pues, la protección del hijo –y de un modo más concreto, del menor de nueve meses–, incluyendo el derecho a recibir una alimentación y cuidado adecuados a su débil condición, para que el hecho de que sus progenitores trabajen no venga a repercutir negativamente en su desarrollo y necesaria atención ³⁹. Siendo éste el propósito central del permiso, no cabe desconocer tampoco en la norma una finalidad, siquiera secundaria, de protección del trabajo de la mujer en razón de la maternidad, cuya función social debe quedar tutelada jurídicamente, permitiendo cumplir con sus obligaciones familiares sin que por ello resulten perjudicados los derechos inherentes a la relación laboral. Confirma esta idea el carácter anexo o complementario (nunca principal) del objetivo de protección de la maternidad que cumple la pausa por lactancia y el hecho de que también el padre pueda disfrutar de la hora de ausencia, lo cual hace emerger a un incontestable primer plano el cuidado y la atención del niño como bien jurídico prioritariamente tutelado ⁴⁰.

³² GARCÍA NINET, J.I.: «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», *op. cit.*, págs. 39 y 40.

³³ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Pausas intra-jornadas y descansos inter-jornadas», en VV.AA.: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (Acarl), 1991, pág. 263.

³⁴ DILLA CATALA, M.J.: «El derecho a la licencia por lactancia», *AL*, núm. 17, 1989, pág. 213.

³⁵ Por todas, SSTCT 8 abril 1978 (Ar. 2008) y 10 febrero 1983 (Ar. 1103).

³⁶ STCT 23 noviembre 1987 (Ar. 25923).

³⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El permiso de lactancia», *RL*, núm. 14, 1996, pág. 28.

³⁸ El derecho desaparecerá, no obstante, de fallecer el hijo antes del cumplimiento del plazo, pues el precepto «no tutela tanto a la mujer como al hijo». GARCÍA NINET, J.I.: «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», *op. cit.*, págs. 30 y 31.

³⁹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Pausas intra-jornadas y descansos inter-jornadas», *op. cit.*, pág. 262.

⁴⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, pág. 5.834.

En todo caso, la pausa prevista en el artículo 37.4 ET puede referirse tanto a la lactancia natural como a la artificial e incluso al suministro de otros alimentos distintos a la leche ⁴¹, lo cual es obvio cuando la Ley reconoce –en ciertos casos– que pueda ser el padre quien disfrute de la misma. Conviene, a este efecto, recordar –y de ello es consciente el órgano juzgador– que el permiso por lactancia queda configurado como una medida de protección, no de la maternidad propiamente dicha –tesis que, de aceptarse, podría justificar su atribución en exclusiva a la mujer–, sino del hijo, para que esté convenientemente alimentado y atendido en sus primeros meses de vida; es obvio que esta tarea de crianza y cuidado puede ser desempeñada por cualquiera de los dos progenitores y, en consecuencia –y pese a lo que después se dirá–, está injustificada la privación al padre del derecho a disfrutar el permiso ⁴².

Lo que sí debe existir es una conexión entre el uso del permiso y los fines para los que se concede; el tiempo que se resta a la actividad laboral ha de dedicarse al cuidado y atención del menor, incumpléndose las obligaciones laborales cuando la trabajadora se limita a aumentar su tiempo libre, a mejorar su ocio, a realizar tareas productivas fuera de la empresa o, en general, se desentiende del móvil que legitima su menor actividad laboral ⁴³. La trabajadora que destine la pausa a un objeto distinto de la estricta «lactancia» podrá ser sancionada por abuso de confianza, máxime cuando este permiso queda configurado como un derecho-deber afectado al servicio de una función de interés social ⁴⁴.

6. TITULARIDAD DEL DERECHO

La posibilidad de disfrute por el padre y no por la madre es tal vez la cuestión que más polémica y discusión ha levantado en torno al artículo 37.4 ET y, por ello, merece un análisis algo más detallado, partiendo del *iter* histórico del precepto ⁴⁵. La versión original del artículo 37.4 en la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores obviaba el último apartado, circunscribiendo su aplicación a la madre pese a que, en virtud del artículo 14 CE, quedaba proscrita cualquier discriminación basada en el sexo. Tal regulación no podía dejar indiferentes a los juristas y, primero, la doctrina científica, y, luego –de la mano–, la legal, rechazaron con rotundidad la discriminación contenida en aquel artículo ⁴⁶.

El resultado lógico del problema pasó por plantear un recurso de inconstitucionalidad, al no poder llegar a entender cómo era negado el permiso al padre cuando ya los Tribunales habían permitido su disfrute a las madres que proporcionaban una lactancia artificial y no amamantaban a sus hijos; tarea aquella que, como es obvio, podría ser realizada perfectamente por el padre.

⁴¹ SSTCT 8 abril 1978 (Ar. 2008) o 4 septiembre 1984 (Ar. 6778).

⁴² GARCÍA NINET, J.I.: «Notas sobre las ausencias de trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», *op. cit.*, pág. 25.

⁴³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, *op. cit.*, pág. 196.

⁴⁴ STCT 8 abril 1988 (Ar. 2008).

⁴⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *op. cit.*, pág. 5.833.

⁴⁶ ALONSO LIGERO, M.S.: «Lactancia y guarda legal», en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, Madrid (Edersa), 1982, págs. 364 y 365.

Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional ⁴⁷ declaró ajustado tal precepto a la Norma Fundamental y no discriminatorio, por tanto (bien que con el voto particular en contra de cuatro Magistrados) ⁴⁸.

Más sorprendente aún es la argumentación sobre la cual fundamentó la decisión, pues consideró la previsión del antiguo artículo 37.4 ET que como una medida de «acción positiva». Con tal interpretación, el Tribunal Constitucional olvidó la histórica procedencia del permiso de lactancia, así como —y es más peligroso— el verdadero contenido de este concepto —fundado en el intento de «acelerar la igualdad real entre ambos sexos»— cuando lo aplica a una institución que «mantiene la desigualdad real» ⁴⁹.

Habida cuenta la redacción originaria del artículo 37.4 ET que contribuía claramente a perpetuar el rol clásico de la mujer que cuida hogar e hijos, consolidando la ya tantas veces aludida división sexista de las tareas ⁵⁰, la reforma realizada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, añadió un último apartado al artículo 37.4 ET, permitiendo al varón disfrutar también del permiso ⁵¹. El legislador, consciente

⁴⁷ STCo 109/1993, de 25 de marzo. En su virtud, tras declarar que la maternidad constituye «una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre», insiste el Tribunal en que el artículo 37.4 ET «es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organización de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre, sino a la regulación de las condiciones de trabajo. Por ello, el objeto de comparación es el trabajador padre en relación con la trabajadora madre a la que la Ley concede, y no a aquél, ese particular derecho. Aunque se tomen en cuenta las responsabilidades familiares y también la protección del niño, la norma tiene por concreto objeto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido».

El Tribunal trae a colación la idea de «acción positiva», que justifica remover los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de trato y oportunidades del hombre y de la mujer, para en mérito a esta doctrina concluir: «la justificación de que el permiso cuestionado se otorgase a la madre trabajadora sin mencionar al padre ni siquiera tiene su origen en la diferencia de sexo, pues halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones)» (fundamento jurídico 6.º). Al respecto, MONTROYA MELGAR, A.: «Sentencia 109/1993, de 25 de marzo. ¿Discriminación del varón o "acción positiva" en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?»; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores», en ALONSO OLEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI, Madrid (Civitas), 1993, págs. 304 y ss.

⁴⁸ Con pleno acierto se oponen al parecer mayoritario de la Sala demostrando que la norma, tal y como fue redactada en 1980, lejos de constituir un beneficio para la trabajadora madre orientado a favorecer su mantenimiento en el empleo puede comportar a menudo un efecto «boomerang» perjudicial a sus intereses profesionales. Tomando como punto de partida el argumento vertido en el fundamento jurídico 6.º de la Sentencia relativo a que el reconocimiento exclusivo a la mujer de la pausa por lactancia pretende «compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre», el voto particular aduce que «desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta, que para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será "más rentable" contratar a hombres que a mujeres trabajadoras, dado el incremento de los costes laborales, que, por esta causa y por otras biológicas (por ejemplo, bajas por maternidad), las mujeres siempre ocasionan. Por esta razón, lo que en la norma impugnada aparece formalmente como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas y, por las mismas, debió el Pleno de este Tribunal haber declarado la inconstitucionalidad de dicha norma por violación del principio de igualdad (arts. 14 y 9.2 CE)».

⁴⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El permiso de lactancia», *op. cit.*, pág. 19.

⁵⁰ MONTROYA MELGAR, A.: «¿Discriminación del varón o "acción positiva" en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?»; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores», *op. cit.*, pág. 308.

⁵¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *op. cit.*, pág. 5.833.

de los cambios operados en nuestra sociedad, dejó de proteger exclusivamente a la mujer como madre trabajadora y elaboró una regulación más acorde con los nuevos tiempos en los que la crianza y cuidado de los hijos se considera una función compartida que han de asumir tanto el padre como la madre ⁵².

Ahora bien y pese a este importante avance en aras de la igualdad por razón de género, el legislador se quedó en cierta medida corto, habida cuenta, tal y como aparece redactado el actual artículo 37.4 ET y recuerda la sentencia comentada, el titular del derecho sigue siendo la trabajadora por cuenta ajena, quien puede transferir o ceder el derecho al padre cuando también sea trabajador ⁵³. Esto significará que un trabajador viudo con hijos, o separado y con la custodia del niño, no podrá ausentarse del trabajo para ocuparse de su lactancia; o que, trabajando el padre más cerca del domicilio, haya de ser la madre quien se desplace para tal cometido si no decide ceder su disfrute ⁵⁴. El derecho de la madre prima, pues, sobre el del padre, que sólo podrá ejercerlo de manera secundaria ⁵⁵, lo cual resulta discordante con respecto a lo dispuesto en la Directiva 96/34, de 3 de junio, que exige la total igualdad en el disfrute de los permisos parentales ⁵⁶.

Quedan abiertos, además, un gran número de aspectos que mueven al intérprete a interrogarse sobre quién decide cuál de ambos progenitores disfruta del permiso si ambos trabajan o si pueden disfrutarlo sucesivamente. En concreto, si la alimentación es artificial, inicial o sucesivamente (después del período de alimentación natural) y ambos progenitores trabajan, cualquiera de los dos (el padre o la madre) puede ejercer el derecho, parece que previa demostración de que el otro no lo ejerce (pudiendo surgir serios problemas cuando los dos quieren utilizar el permiso) ⁵⁷.

En el supuesto de que sólo la madre trabaje, podría disfrutar de la pausa por lactancia, pues ella es la titular; en la hipótesis de que sólo trabaje el padre, éste no podrá acogerse a la previsión del artículo 37.4 ET, pues no se cumple el presupuesto de que ambos progenitores trabajen y en este caso la madre, obviamente, no tiene ningún derecho que transferir ⁵⁸. Es más, tal y como recoge la sentencia objeto de comentario en su fundamento jurídico segundo, «si la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por razón de maternidad, no puede ejercitar el derecho al permiso por lactancia y, en consecuencia, no podrá ceder el derecho al otro progenitor».

Se parte, por tanto, de que si la madre no trabaja el padre no tiene derecho no ya a una responsabilidad de tareas con la madre, no tiene ni siquiera el derecho a conciliar su vida profesional y

⁵² CORTE HEREDERO, N.: «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal», *AS*, 1999, T.V, pág. 848.

⁵³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, pág. 97. En la doctrina judicial, por todas, STSJ País Vasco 24 abril 2001 (Ar. 2100).

⁵⁴ ALONSO LIGERO, M.S.: «Lactancia y guarda legal», en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, págs. 364 y 365.

⁵⁵ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, *op. cit.*, pág. 28.

⁵⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, *op. cit.*, pág. 63.

⁵⁷ DILLA CATALA, M.J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *AL*, núm. 17, 1989, pág. 212. Exigiendo la renuncia de la madre, STSJ Andalucía/Sevilla 24 abril 2001 (Ar. 2809).

⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de la mujer trabajadora...», *op. cit.*, pág. 18; DILLA CATALA, M.J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *op. cit.*, pág. 212 o GARCÍA NINET, J.I.: «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», *op. cit.*, pág. 28.

laboral⁵⁹. Por la misma razón (ausencia de madre trabajadora) no podrán acceder al permiso los viudos –incluidos los que hasta el fallecimiento de aquélla venían ejerciendo el derecho– o los varones solteros o divorciados con hijos menores de nueve meses a su cargo⁶⁰.

Hubiera sido deseable, por ende, aprovechar el contexto de la reforma de 1999 para sustituir el término «trabajadoras» por otro de género neutro («trabajadores»), de forma tal que, o bien si uno de los dos no trabaja no se le conceda al otro el permiso, independientemente de que sea el padre o la madre o, si se le concede, sea con independencia de que sea el hombre o la mujer quien trabaje⁶¹. Con ello se hubiera logrado dar solución, de una vez por todas, a los múltiples problemas que se plantean en el caso de familias monoparentales cuando el cabeza de familia sea el padre⁶² o en los supuestos, como el aquí analizado, en los que la madre tiene suspendido el contrato por maternidad y no puede ceder el disfrute del derecho al permiso por lactancia⁶³.

Es claro, en fin, que en el supuesto de que el padre y la madre trabajen, nada obsta a que ambos progenitores distribuyan a su conveniencia las pausas por lactancia –por ejemplo, escogiendo un sistema fraccionado de dos medias horas, de las cuales una será disfrutada por el padre y la otra por la madre, o estableciendo un calendario de interrupciones–, sin más limitación que la derivada del deber de notificarlo anticipadamente a la empresa o empresas respectivas y la probable –y aún razonable– de que no puedan simultanear el ejercicio del derecho⁶⁴.

7. COMPATIBILIDAD CON OTROS DERECHOS PRÓXIMOS

Resta por analizar una cuestión harto delicada y que ha sido objeto de cierta controversia judicial de la que se hace eco la sentencia comentada, cual es la compatibilidad entre el permiso por lactancia y otros derechos próximos. Las conclusiones fundamentales que pueden enjuiciarse y valorarse son las siguientes:

En primer lugar, sólo a veces resulta compatible la suspensión por parto que disfruta un progenitor con la ausencia o reducción de jornada por lactancia que ejerce el otro. Se trata de derechos de naturaleza distinta, y el primero de ellos, con los matices que se quiera, sigue siendo de titularidad de la madre. Sin embargo, el segundo sólo puede ejercitarlo el padre cuando «ambos trabajen», circunstancia que no sucede si la madre disfruta de la suspensión por parto. Pero si es el padre el que, derivadamente, utiliza la suspensión por parto, sí puede la madre hacer uso del derecho de lactancia.

⁵⁹ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», *TL*, núm. 67, 2002, pág. 65.

⁶⁰ SALA FRANCO, T.: «Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo», *TS*, núm. 14, 1992, pág. 10.

⁶¹ DILLA CATALA, M.J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *op. cit.*, pág. 212.

⁶² SIERRA HERNÁIZ, E.: «Igualdad de oportunidades y acción positiva en la negociación colectiva española», en VV.AA.: *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1998, pág. 78. Más en general, DUSKIN, E.: «Disadvantaged lone-parent families: is family structure the problem? Is Social Security the answer?», en VV.AA.: *Social Security and changing family structures*, Suiza (International Social Security Association), 1992, págs. 115 y ss.

⁶³ Con anterioridad, STSJ Madrid 20 julio 1998 (Ar. 2891).

⁶⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *op. cit.*, pág. 5.834.

En segundo término, y en cuanto a la excedencia por cuidado de hijo, la situación resulta parecida: sólo podrá compatibilizarse si el padre disfruta de la excedencia y la madre de la lactancia.

En tercer lugar, por lo que respecta a la reducción de jornada por guarda legal, las posibilidades teóricas de compatibilización son mayores, pues, por hipótesis, un mismo progenitor podría utilizar permiso de lactancia y derecho de guarda legal ⁶⁵, o bien cada progenitor uno de los derechos ⁶⁶. Como ha señalado reiterada doctrina judicial, «el permiso retribuido por lactancia, como indica su propia denominación, es un permiso más de los configurados como retribuidos en el artículo 37 ET, que debe otorgarse si se dan los condicionamientos legales, cualquiera que sea la duración de la jornada correspondiente al trabajador, y que por ello no influye conceptualmente en la misma, es decir, la jornada del trabajador que disfrute el permiso de lactancia seguirá siendo la que legalmente corresponda con independencia del disfrute del permiso dentro de aquélla, y por ende en la reducción de jornada por cuidado de hijo, no podrá considerarse el permiso retribuido por lactancia» ⁶⁷.

Al calor de tales reflexiones y para evitar perjudicar a aquel trabajador que desea disfrutar del permiso por lactancia y no puede hacerlo porque su mujer tiene suspendido el contrato por maternidad, el Tribunal encargado de juzgar el presente caso debería haber tenido en cuenta el siguiente argumento: «cierto es que existe una declaración legal expresa de incompatibilidad entre el disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial y el disfrute del permiso por lactancia (disp. adic. 5.ª RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo); no menos cierto resulta, sin embargo, que tal incompatibilidad no alcanza al ejercicio simultáneo por trabajadores distintos ni a la posibilidad de simultanear el permiso por maternidad en su modalidad ordinaria, es decir, a tiempo completo, con el permiso por lactancia» ⁶⁸.

Ahora bien, la solución es todavía más fácil si tenemos en cuenta que en el supuesto de hecho enjuiciado por la sentencia comentada ni el accionante es trabajador por cuenta ajena ni las disposiciones del ET le son de aplicación. Antes al contrario, el actor es personal estatutario de la Seguridad Social, razón por la cual es menester acudir al Pacto entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Canarias y las organizaciones sindicales del sector, sobre permisos, lactancias y vacaciones, hecho público mediante Resolución, de la Dirección General de Trabajo, de 9 de marzo de 1998, en cuyo punto 2.28 se establece lo siguiente: «el personal con hijo/a menor de nueve meses tendrá derecho a una hora diaria de ausencia durante la jornada de trabajo que podrá disfrutar al principio, en medio o al final de la citada jornada. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en caso de que ambos trabajen, debiendo justificar que no lo está disfrutando el otro cónyuge».

Tal tenor literal difiere claramente del régimen jurídico establecido en el ET por dos razones fundamentales:

⁶⁵ SSTSJ Cataluña 18 marzo 2003 (Ar. 1955), Valencia 25 abril y 24 mayo 2003 (Ar. 1125 y 2289) o Sala del Juzgado de lo Social, núm. 1, de Cataluña/Barcelona 9 enero 2003 (Ar. 1297)

⁶⁶ CABEZA PEREIRO, J.: «Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (en torno al art. 37)», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 806.

⁶⁷ Por todas, STSJ Valencia 24 mayo 2003 (Ar. 2289).

⁶⁸ MORENO CÁLIZ, S.: «Permiso por lactancia en caso de parto múltiple», *AS*, núm. 22, 2004, pág. 82.

En primer lugar, como con acierto reconoce el propio Tribunal: «el derecho corresponde al personal, sin distinción entre padre o madre, es decir, a los dos progenitores por igual. Su consecuencia es la compatibilidad de su disfrute por el padre mientras la madre, a su vez, disfrute del descanso por parto, e inclusive, aunque la madre no tuviera trabajo remunerado, posibilitando, de este modo, la coparticipación de los hombres en el cuidado de sus hijos desde el mismo momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia»⁶⁹.

En segundo término, se abre toda una suerte de alternativas, de las que carecen los trabajadores por cuenta ajena, a la hora de disfrutar del permiso por lactancia: entrar una hora más tarde, salir una hora antes, reducir la jornada en media hora antes del inicio de la jornada y al final de la misma, ausentarse media hora durante la jornada de mañana y durante la jornada de tarde, etc.⁷⁰.

8. LA EXCLUSIÓN DEL RIESGO DURANTE EL PERÍODO DE LACTANCIA: LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO RESTRINGIDO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ÚNICAMENTE POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

No está de más recordar, aunque –al quedar extramuros del supuesto enjuiciado– la sentencia no incide sobre ello, que la posible existencia de un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras –«aunque no haya peligro cierto de que se produzca»⁷¹– obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo⁷², medidas que se estructuran, de forma subsidiaria, en los tres niveles siguientes:

En el primer nivel de protección aparece la adaptación provisional de las condiciones laborales del propio puesto de trabajo o función realizada habitualmente⁷³. «Esta adaptación del trabajo a la singular situación de la trabajadora se verifica a través de las condiciones de trabajo y, expresamente, del tiempo de trabajo y, en cierta forma, se lleva a cabo, por así decirlo, sobre el terreno, sin movilidad funcional o geográfica que innove el contenido del contrato»⁷⁴. Eso sí, cuando fuere necesario, las innovaciones incluirán la no realización del trabajo nocturno o de trabajo a turnos (art. 26.1 *in fine* LPRL)⁷⁵.

⁶⁹ En este mismo sentido se pronuncian algunos convenios colectivos. Así, por ejemplo, CC Gestión y mediación inmobiliaria (art. 44) –BOE 15 julio 2003–; CC Colegios Universitarios Mayores Privados (art. 25) –BOE 6 septiembre 1999– o CC Centros de asistencia y educación infantil (art. 32) –BOE 22 agosto 2003–.

⁷⁰ GARCÍA NINET, J.I.: «Tres reflexiones acerca de cambios normativos laborales y funcionariales», *TS*, núm. 148, 2003, pág. 6.

⁷¹ En otras palabras, el empresario debe dar protección tanto en aquellas situaciones de las que deriva un riesgo real y cierto como en aquellas otras en que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse, sin que en este caso pueda dejarse a su libre albedrío la adopción de las medidas protectoras. MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», *AS*, núm. 21, 2000, pág. 49.

⁷² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *REDT*, núm. 99, 2000, pág. 30.

⁷³ HERRAIZ MARTÍN, M.S.: «La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (Novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *TS*, núm. 118, 2000, pág. 30.

⁷⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 30.

⁷⁵ MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales», *AS*, núm. 15, 1997, pág. 495.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, no pudiera evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en el artículo 26.2 LPRL y que comporta la entrada en escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose un cambio de destino ⁷⁶. Pide la norma, en este caso, que la trabajadora pase a ocupar «un puesto de trabajo o función diferente» –también provisionalmente– a fin de poder compatibilizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales –ahora novadas– y el adecuado desarrollo de su proceso de gestación ⁷⁷.

En tercer y último lugar, en aquellos supuestos en los que no fuera materialmente posible, o ni siquiera razonablemente exigible, el cambio de las condiciones de ejecución del puesto de trabajo habitual y tampoco la movilidad funcional o accesorio, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, con derecho al percibo de una prestación económica a cargo de la Seguridad Social cifrada en el 75 por 100 de la base reguladora, mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 26.3 LPRL en su nueva redacción otorgada por la Ley 39/1999).

Ahora bien, pese a que con esta nueva redacción parece quedar completo el diseño legal en esta materia, lo cierto es que «con arreglo a la letra de la Ley, el período de lactancia no queda protegido (todavía al día de hoy –tras la reforma introducida en la LPRL por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre–) por la suspensión del contrato..., de modo que la trabajadora cuyo contrato se hubiera visto suspendido por riesgo durante el embarazo, una vez finalizada la suspensión por maternidad biológica, aun cuando esté lactando a su hijo, deberá reincorporarse forzosamente a su anterior puesto de trabajo» ⁷⁸. Así, si bien es cierto que la LPRL reconoce que durante el período de lactancia pueden existir determinadas actividades profesionales que comporten riesgos para la salud tanto para la madre como para el recién nacido que tengan justamente su origen en esta circunstancia, no menos cierto resulta que para tales supuestos la norma sólo prevé la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto ⁷⁹, perviviendo «un punto de laguna para cuando no sea posible ni lo uno ni lo otro» ⁸⁰.

Esta situación se produce, una vez más, debido a la defectuosa transposición de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, puesto que dicha norma prevé la dispensa de trabajo también cuando exista riesgo para la salud de la mujer o del hijo durante la lactancia ⁸¹, con derecho por parte de la trabajadora al «mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» ⁸².

Es más, «la no extensión de la dispensa del trabajo al período de lactancia cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud no sólo de la trabajadora, sino también del hijo,

⁷⁶ SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: «Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo», *RTL*, núm. 72, 1997, págs. 255 y ss.

⁷⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 31.

⁷⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 41.

⁷⁹ STSJ Madrid 19 abril 2001 (Ar. 2342).

⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *op. cit.*, pág. 98.

⁸¹ LÓPEZ RUBIA, E.: «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *TS*, núm. 115, 2000, pág. 34.

⁸² MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», *AS*, 1999, T.V, pág. 1.181.

constituye no sólo un incumplimiento de la Directiva citada, sino que rompe con la coherencia mantenida a lo largo del artículo 26 LPRL que intenta evitar, no sólo los perjuicios de la salud de la mujer trabajadora sino también la del feto y/o hijo»⁸³. Es muy posible que «el legislador español haya pensado, en primer lugar, que la situación en que se encuentra una mujer que, transcurrido su período de suspensión por maternidad, deba reincorporarse a un puesto de trabajo con riesgo para la salud del nacido al que está amamantando, cuyas condiciones de trabajo no puedan ser adaptadas y a la que resulta imposible de ofrecer un puesto de trabajo compatible con su situación (art. 26.1 y 2), tiene su solución en la solicitud de pase a situación de excedencia para cuidado de hijos durante el período restante de "amamantamiento" (normalmente de cinco meses); desde luego, es ésta una solución más barata para la Seguridad Social pero en absoluto resulta igualmente favorable para la mujer ya que la excedencia no es remunerada»⁸⁴. En segundo término, otra posible solución a la que parece que quiere forzar el legislador es a la opción por la lactancia artificial, renunciando a la natural aun a sabiendas de que tal decisión está coartando la libertad individual de la trabajadora y los derechos del menor al verse privado de una alimentación que, según los expertos, es la más adecuada durante los primeros meses de vida⁸⁵.

Por tales razones, «aunque la causa de suspensión del ejercicio de la actividad se ha identificado como "por riesgo durante el embarazo" (omitiendo cualquier alusión a la lactancia), parece que la finalidad de la norma debía haber conducido a una aplicación paralela de tal garantía también a los períodos de lactancia»⁸⁶, autorizando tanto «la suspensión de la relación laboral como reconociendo el derecho a la prestación de Seguridad Social en este caso durante el período de lactancia no superable ni por vía de adaptación ni por vía de movilidad funcional»⁸⁷.

Tal solución podría encontrar el siguiente aval: «teniendo presente el escenario comunitario, esto es, partiendo de que la norma comunitaria –que es clara y precisa– da un tratamiento idéntico para el supuesto de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, se trataría de –una vez detectada, en la fase de evaluación de riesgos, la existencia de riesgo durante la lactancia– solicitar por parte de la trabajadora la suspensión y prestación económica y si el empresario o la entidad gestora

⁸³ MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 62.

⁸⁴ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 61. Tal opción supondría, además, «una asunción de costes preventivos por la trabajadora, contraria al artículo 14.5 LPRL». PIZA GRANADOS, J.: «Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999», *AS*, 1999, T. V, pág. 1185.

⁸⁵ SÁNCHEZ CASTILLO, M.: «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *RL*, núm. 12, 2003, pág. 39.

⁸⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 41.

⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *op. cit.*, pág. 98. En este sentido se manifestó el CES en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* (sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999): «sí de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la (citada) Directiva, debería haberse incluido la situación de riesgo para la trabajadora en situación de lactancia, que junto al embarazo, es considerada también situación de riesgo con iguales efectos por la Directiva 92/85... Por otra parte, dado que el riesgo para la salud en determinados puestos de trabajo puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que haya dado a luz y a la lactancia, la protección debería ser la misma. Esta observación se hace extensible a los demás preceptos del Anteproyecto en los que se contempla la nueva situación del contrato por riesgo durante el embarazo, en consonancia con la finalidad protectora que se persigue, y para una mejor adaptación de la normativa comunitaria. En tal sentido, debería incorporarse igualmente... la extensión al feto y a la lactancia».

se negaran, solicitar la aplicación directa de la Directiva con reclamación al Estado de daños»⁸⁸; «un resultado indemnizatorio, por lo demás, siempre insatisfactorio cuando de lo que se trata es de la tutela de la salud del menor lactante»⁸⁹.

9. CONCLUSIONES

Del razonamiento jurídico efectuado por la sentencia comentada cabe inferir que la lactancia, tal como se encuentra regulada en el artículo 37.4 ET, no sirve al objetivo que su denominación plantea. En primer lugar, no sirve para facilitar la alimentación de los hijos menores, razón por la cual no debería denominarse así, pues su significado actual es el de una mera reducción horaria que, dada su duración diaria, no permite su utilización como instrumento de conciliación de obligaciones familiares y profesionales. En segundo término, su regulación imprecisa ha planteado problemas, lagunas, contradicciones y dilemas interpretativos que no han sido solucionados en su totalidad por la reforma introducida mediante la Ley 39/1999.

Es más, vista la aparente incapacidad de la normativa laboral para resolver los múltiples aspectos necesitados de solución, el legislador debería considerar la propuesta sindical (ya materializada, para el personal estatutario, en el Pacto de aplicación al caso aquí enjuiciado) de sustituir este derecho por otro más eficaz desde la óptica de la mencionada conciliación, con posibilidades de servir como instrumento de incentivación del reparto de las responsabilidades familiares y que responda mejor a las exigencias de la Directiva 96/34: «el reconocimiento de un crédito de horas, de cuantía igual a la que supone el derecho a disminuir la jornada en una (no media) hora diaria durante el período que transcurre desde la incorporación tras la suspensión por maternidad y hasta que el niño tuviera la edad de nueve meses, de titularidad reconocida en partes iguales a ambos padres y sin posibilidad de transferencia de uno a otro»⁹⁰. Ello sin olvidar la posibilidad de que sea la Seguridad Social, en concepto de cargas familiares, quien asuma los costes de este permiso y no el empresario; posibilidad esta última que en verdad evitaría, al menos parcialmente, la incidencia negativa de la maternidad –real o potencial– a la hora de la contratación de mujeres⁹¹.

En cualquier caso, es absolutamente necesario también que las instancias legislativas plasmen normativamente de forma expresa la protección de la situación de riesgo durante la lactancia, situándola, al menos, al mismo nivel de protección que la de riesgo durante el embarazo, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica y desprotección tanto de la trabajadora como del menor, con el objetivo último de dar correcto cumplimiento al mandato comunitario e, incluso, constitucional⁹².

⁸⁸ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Salud laboral y protección por maternidad», en VV.AA. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, op. cit., pág. 89.

⁸⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad Social y riesgo durante el embarazo», en VV.AA. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, op. cit., pág. 127.

⁹⁰ PÉREZ DEL RÍO, T.: «Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», op. cit., págs. 48-49.

⁹¹ GARCÍA NINET, J.J.: «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)», op. cit., págs. 37 y 38.

⁹² SÁNCHEZ CASTILLO, M.: «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», op. cit., pág. 40.