



## RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

# LA ACUMULACIÓN DE LAS HORAS DE LACTANCIA EN UN MES DE PERMISO: UNA OPCIÓN DEL TRABAJADOR

*SAN de 29 de marzo de 2004*

MARGARITA ARENAS VIRUEZ \*

**SUPUESTO DE HECHO:** El día 22 de diciembre de 2003 la Dirección General de Trabajo presentó demanda sobre impugnación de convenio colectivo contra la empresa Aldeasa S.A., UGT, USO, CC.OO. y el Ministerio Fiscal, entendiendo la Administración que el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa para los años 2003 a 2006 —que permite que las horas establecidas para la lactancia se puedan acumular mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido— es contrario a Derecho por interrumpir la finalidad pretendida por el artículo 37.4 del ET, esto es, por no garantizar la asistencia continuada del menor durante los primeros nueve meses de vida. Si lo que persigue el artículo 37.4 del ET es la atención y el cuidado del menor a lo largo de sus primeros nueve meses de vida, la acumulación del permiso en su disfrute impide la consecución del fin buscado por dicho precepto legal, que, en todo caso, ha de ser respetado, sin perjuicio de que la norma contenida en el Estatuto pueda mejorarse por la negociación colectiva. Sin embargo, las partes demandadas consideran que lo dispuesto por el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa supone una mejora del artículo 37.4 del ET, ofreciéndose una nueva opción a los trabajadores a los que resulte de aplicación el convenio colectivo impugnado, que podrán elegir entre el sistema del convenio o el del ET.

**RESUMEN:** La sentencia de la Audiencia Nacional objeto de comentario desestima la impugnación de oficio del artículo 41.d) del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A., declarando la conformidad a Dere-

\* Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

cho de dicha norma. La Sala entiende que lo esencial no es lactancia, que puede ser natural o artificial, sino la asistencia y el cuidado del menor de corta edad. El precepto del citado convenio colectivo amplía —y no restringe— las posibilidades a que los padres puedan optar para el mejor cuidado de sus hijos, pudiendo acumular los permisos por lactancia y obtener, así, el disfrute de un mes retribuido, con lo que se supera el número de horas concedido por el artículo 37.4 del ET. La norma convencional no es contraria al espíritu y finalidad del precepto legal, sino que lo potencia, ampliando las posibilidades reconocidas por el Estatuto a los trabajadores.

### ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE CONTROVERSI A
2. ESPÍRITU Y FINALIDAD DEL PERMISO DE LACTANCIA
3. EL ALCANCE DE LA MEJORA DEL ARTÍCULO 37.4 DEL ET VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE SAN DE 29 DE MARZO DE 2004
5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN OBJETO DE CONTROVERSI A

Como es sabido, el artículo 90.5 del ET dispone que si la autoridad laboral estima que algún convenio colectivo conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción que sea competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes<sup>1</sup>. Haciendo uso de la posibilidad que reconoce dicho precepto, la Dirección General de Trabajo, en ejercicio de «sus funciones instrumentales y de control previo»<sup>2</sup>, presentó demanda de impugnación del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A. para los años 2003 a 2006 por entender que el mismo «conculca la legalidad vigente»<sup>3</sup>, en concreto, por considerar que el ar-

<sup>1</sup> La impugnación de convenios colectivos se canaliza por un procedimiento especial regulado en los artículos 161 a 164 de la LPL.

<sup>2</sup> STC 235/1988.

<sup>3</sup> Cuando el artículo 90.5 del ET se refiere a la impugnación de un convenio colectivo por estimar la autoridad laboral que el mismo «conculca la legalidad vigente», debemos entender que la expresión entrecomillada se está refiriendo tanto a las normas formales que presiden la negociación como a las materiales indisponibles por convenio colectivo, o en absoluto indisponibles. En este sentido se pronuncian ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*. Cívitas, vigésima edición, 2002, pág. 892. Al respecto, la STS de 15 de marzo de 1993 entendió que la impugnación de los convenios colectivos por ilegalidad o por lesión grave de terceros comprende aquellos vicios que pueden aparecer en el proceso de negociación o en el contenido del convenio.



título 41.d) de dicho convenio colectivo es contrario a una norma material indisponible por convenio colectivo, cual es el artículo 37.4 del ET, en los términos que exponemos enseguida.

Para comprender el problema jurídico planteado ante la Audiencia Nacional, debemos conocer cuál es exactamente el contenido de los dos preceptos citados, el legal y el convencional, sobre los que versa la controversia: por un lado, el artículo 37.4 del ET dispone que *«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 el padre en caso de que ambos trabajen»*; por su parte, el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa establece, al regular la lactancia, que *«las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un 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»*.

El motivo por el que la Dirección General de Trabajo impugna este convenio colectivo es el siguiente: para la autoridad laboral lo que pretende el artículo 37.4 del ET es garantizar la asistencia y el cuidado del menor durante los primeros nueve meses de vida, lo que pone de manifiesto que lo importante no es tanto que la madre pueda encargarse de la lactancia del menor, sino que los padres ofrezcan la atención necesaria al niño a lo largo de sus primeros meses de vida. Por ello, precisamente, es por lo que entiende la parte que impugna el convenio colectivo que si el permiso de lactancia se acumula en su disfrute, tal y como permite el artículo 41.d), la finalidad que persigue el artículo 37.4 del ET *«queda interrumpida»*. La Administración admite, sin discusión, que la norma legal pueda mejorarse vía negociación colectiva; pero la atención continuada del menor de nueve meses, en cuanto fin pretendido por el permiso de lactancia contemplado en el artículo 37.4 del ET, siempre ha de ser respetado.

Si la controversia queda planteada en estos términos, no cabe duda de que la cuestión que nos surge consiste en analizar si la posibilidad de acumulación de las horas reconocidas como permiso para la lactancia mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido es contraria al artículo 37.4 del ET por afectar a la finalidad perseguida por el mismo o si, por el contrario, nos hallamos ante una mejora del permiso de lactancia llevada a cabo por la negociación colectiva, que amplía las posibilidades que tienen los padres de elegir la modalidad que consideren más conveniente para el cuidado del menor de nueve meses, ofreciéndose una opción más a los trabajadores a los que resulte de aplicación el convenio colectivo objeto de impugnación. Por ello, vamos a prestar atención a diversos aspectos, que son los que, pre-

cisamente, se tratan en los siguientes apartados: en primer lugar, consideramos imprescindible hacer una referencia, aunque sea breve, al espíritu y finalidad del permiso de lactancia contemplado en el artículo 37.4 del ET puesto que, en esencia, lo que se cuestiona es si se respeta, o no, el fin perseguido por dicho precepto; en segundo lugar, nos detendremos en el alcance de la mejora de dicho precepto legal por la negociación colectiva, lo que nos va a permitir marcar un posible límite, cuya superación significará contrariar el precepto legal en cuestión; en tercer lugar, analizaremos la respuesta dada por la Audiencia Nacional al problema jurídico que se le plantea; finalmente, haremos una breve reflexión sobre el polémico asunto.

## 2. ESPÍRITU Y FINALIDAD DEL PERMISO DE LACTANCIA

El permiso por lactancia, que se reguló inicialmente en el artículo 9 de la Ley sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo de 13 de marzo de 1900<sup>4</sup>, se contempla actualmente en el artículo 37.4 del ET. En un primer momento, el permiso retribuido de lactancia tenía por finalidad conceder a la madre un permiso que le facilitase dar de mamar a su hijo, tal y como se desprendía del artículo 3.d) del Convenio de la OIT núm. 3<sup>5</sup> y del artículo 5 del Convenio de la OIT núm. 103<sup>6</sup> en relación con lo dispuesto por el artículo 37.4 del ET en la redacción dada por la Ley 8/1980, con lo que sólo se reconocía un permiso para la lactancia natural del menor de nueve meses. Precisamente, ésta era una de las razones por las que el TC (SSTC 109 y 187/1993, de 25 de marzo y 14 de junio, respectivamente) consideró que el no reconocimiento del derecho de los padres a disponer, en igualdad de condiciones que la mujer, del tiempo necesario para atender la lactancia

<sup>4</sup> Según el artículo 9 de dicha ley, «*las mujeres que tengan hijos en el período de lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieran escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia.*».

<sup>5</sup> Dicho precepto disponía que la mujer «*tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.*».

<sup>6</sup> En palabras del artículo 5 de este segundo Convenio, «*si la mujer lacta a su hijo estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional*», de manera que «*las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión está regida por la legislación nacional o de conformidad con aquélla...*».

de su hijo menor, derecho reconocido exclusivamente a la mujer por el artículo 37.4 del ET —antes de ser reformado por la Ley 3/1989, de 3 de marzo—, no vulneraba el artículo 14 de la CE<sup>7</sup>. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, a la hora de responder a uno de los interrogantes que se presentaron en relación con el permiso de lactancia, en concreto, al decidir si la lactancia ha de ser estrictamente la natural o si, por el contrario, cabría admitir también la lactancia artificial, optaron por una interpretación extensiva, que incluyera no sólo la lactancia natural sino también la lactancia artificial<sup>8</sup>.

Esta amplia interpretación tenía una clara consecuencia: el necesario reconocimiento del permiso por lactancia también al padre. En este sentido, la citada Ley 3/1989, de 3 de marzo, llevó a cabo una reforma del ET con el fin de que el permiso por lactancia pudiera ser disfrutado por la madre o por el padre, quedando, ahora sí, absolutamente fuera de dudas que se incluía la lactancia artificial<sup>9</sup>. Tal reforma legal supuso una clara manifestación de la apuesta, por parte del legislador, por fomentar el compromiso de los padres en el cuidado de los hijos, superándose, así pues, una con-

<sup>7</sup> La STC 109/1993, de 25 de marzo, argumentó que se trataba de una acción positiva a favor de la mujer, que pretende compensar la tradicional situación de inferioridad social que las mujeres han padecido; sin embargo, el voto particular de dicha sentencia formulado por Sr. Gimeno Sendra, al que se adhirieron los Sres. García-Mon y González-Regueral, De la Vega Venayas y Díaz Eimil, consideraba que «*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*».

<sup>8</sup> En este sentido destacamos, entre otras, la STCT de 8 de abril de 1978 (Ar. 2008), que señaló que «*cabe establecer un período durante el que, en cualquier clase de lactancia, pueda la madre trabajadora vigilar y ser directamente responsable de la crianza de su hijo, y cuyo plazo no sería preciso en caso de referirse la ley únicamente a la lactancia natural, cuyos límites vienen determinados por circunstancias fisiológicas*», y la STCT de 4 de septiembre de 1984 (Ar. 6778), citada por la Sentencia objeto de comentario, según la cual, es cierto que «*esta norma, reproducción de la Ley anterior en este punto, se abstiene de toda calificación al respecto, debiendo tenerse por improcedente la expresada interpretación restrictiva y por bizantina toda discusión sobre la extensión de tal derecho a la denominada lactancia artificial*». De esta opinión es ALONSO LIGERO, M. S.: «Lactancia y guarda legal», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo VII, ed. Edersa, 1982, pág. 213; y DILLA CATALA, M. J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia». *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989, pág. 213.

<sup>9</sup> El hecho de que no se admitiera la lactancia artificial se consideró discriminatorio por contrario al principio de igualdad. Véase, entre otros, a ALONSO LIGERO, M. S.: «Lactancia y guarda legal», en VV.AA., *Comentarios a las Leyes Laborales...*, *op. cit.*, pág. 364; LOUSADA AROCHENA, J. F. «El permiso por lactancia». *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1996, pág. 13; y VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*. Colex, 1999, pág. 27.

cepción tradicional en virtud de la cual era la madre la que tenía que alimentar —y cuidar— al menor en soledad, con las negativas consecuencias que ello ha venido produciendo para los intereses profesionales de la mujer trabajadora.

Es más, la jurisprudencia se ha mostrado a favor de superar incluso la vinculación del permiso a la lactancia, al entender que lo esencial no es tanto la lactancia sino la asistencia y atención del menor de nueve meses. En este sentido, el TS (STS de 19 de junio de 1989 [Ar. 9896], citada por la SAN que estamos comentando) consideró que la finalidad del artículo 37.4 del ET es prestar la atención precisa y el cuidado necesario al hijo, lo que nos permite concluir, siguiendo la SAN de 29 de marzo de 2004, que en la actualidad *«se concibe el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia»*. De esta forma, el permiso reconocido en el artículo 37.4 del ET no sólo y exclusivamente se debe dedicar a la lactancia del menor, sino que es posible que estos períodos de tiempo se dediquen a la atención que precise el hijo, lo que significa que el artículo 37.4 del ET debe interpretarse de manera flexible y amplia<sup>10</sup>, debiendo enmarcarse en la lucha por conseguir favorecer la reincorporación al mercado laboral de la mujer trabajadora con hijos de corta edad y el reparto de responsabilidades en el cuidado del menor entre ambos progenitores<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad. Análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, 1997, pág. 344 y VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad...*, *op. cit.*, pág. 27. La amplia finalidad de este permiso permite entender las críticas mostradas a la terminología del mismo puesto que, a pesar de la evolución a la que hemos hecho referencia, sigue denominándose permiso de «lactancia». En este sentido destacamos a GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, *op. cit.*, pág. 344, quien considera que sería más correcto que este permiso se denominara «reducción por manutención del hijo»; PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derecho de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares». *Ponencia de las XI Jornadas Catalanas de Derecho Social «Conciliar efectivamente la vida laboral y la vida familiar»*. Barcelona, 2 y 3 de marzo de 2000; y GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*. Laborum, 2001, pág. 56. Sin embargo, está claro que estos períodos no se pueden dedicar a tareas que no estén relacionadas con la lactancia o el cuidado del menor, puesto que, si así ocurriera, el trabajador puede ser sancionado (STSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 2000 [AS 4253], que declaró procedente un despido por dedicación del permiso por lactancia a distinta finalidad).

<sup>11</sup> STSJ de Andalucía, de 24 de abril de 2001 (AS 2809), según la cual el permiso de lactancia *«tiene como finalidad favorecer la reincorporación al mercado laboral de la mujer trabajadora, el reparto de responsabilidades en el cuidado del menor entre ambos progenitores, así como facilitar el cuidado de los hijos en sus primeros meses de vida...»*.



Tras habernos referido —si bien brevemente— a la evolución que ha seguido la finalidad del permiso por lactancia, vamos a comprobar —también de forma sucinta— cómo, precisamente, el espíritu y finalidad del permiso contemplado en el artículo 37.4 del ET inspiran la regulación de diversos aspectos de dicho permiso retribuido en los términos que exponemos a continuación:

1. En cuanto al contenido del permiso por lactancia, decir que el artículo 37.4 del ET reconoce a las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, el derecho bien a una hora de ausencia del trabajo, que puede dividirse en dos fracciones —opción que debe entenderse en el sentido de que la trabajadora puede disfrutar, una vez comenzado el trabajo y antes de que el mismo finalice, de una hora completa para la lactancia del hijo o, en su caso, de una hora fraccionada en dos partes—, o bien a una reducción de su jornada en media hora —en el sentido de que puede elegir comenzar la jornada laboral media hora después o finalizarla media hora antes—. En cualquier caso, sea cual sea la decisión de la trabajadora, lo que nos interesa poner de manifiesto es que es ella quien puede optar por una u otra modalidad; opción que vendrá regida —y esto es lo importante— en función de los intereses de la trabajadora, en atención a las necesidades del hijo menor de nueve meses.
2. En relación con la titularidad del derecho, debemos destacar cómo, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, el permiso *«podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen»*, si bien es cierto que el artículo 37.4 del ET atribuye a *«las trabajadoras»* un derecho preferente al del varón<sup>12</sup>, lo que se puede fácilmente comprobar atendiendo a la redacción de dicho precepto legal. En efecto, el padre, a diferencia de la madre, sólo puede disfrutar del permiso por lactancia en el caso de tanto la madre como él mismo trabajen, puesto que si no trabaja la madre, el padre no tiene derecho ni a la suspensión ni a la reducción de la jornada por lactancia, lo que se puede entender si tenemos presente que, al no trabajar la madre, el hijo recibe la atención y el cuidado imprescindibles, cumpliéndose, de este modo, con la finalidad perseguida por el precepto.

<sup>12</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La Ley 39/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica». *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1989, págs. 17 y 18, quien se refiere a la posibilidad de que la madre transfiera su derecho al padre; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, op. cit., pág. 339; y VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad...*, op. cit., pág. 28.

3. Por otro lado, la reforma por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, sobre el artículo 37.4 del ET, guarda relación con la aclaración respecto a la determinación del momento del disfrute del permiso de lactancia<sup>13</sup>. En efecto, el apartado 6 del artículo 37 del ET dispone que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso por lactancia corresponderá a la trabajadora —o, en su caso, al trabajador— dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar con una antelación mínima de quince días. Dejando al margen las posibles discrepancias que puedan surgir al respecto entre el trabajador y el empresario —que serán resueltas por medio de la jurisdicción competente a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, establecido en el artículo 138 bis de la LPL—, lo que nos interesa destacar en estos momentos es que el sujeto competente para la determinación horaria del permiso por lactancia es el trabajador puesto que él será el que mejor conozca sus necesidades e intereses en relación con el cuidado y atención del menor de nueve meses, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso. Si el trabajador ha de atender a determinadas necesidades familiares, nadie mejor que él conocerá el momento en el que va a ser más necesaria esa atención<sup>14</sup>.

A la luz de cuanto acabamos de exponer no resulta difícil comprobar cómo, efectivamente, la finalidad y el espíritu del permiso por lactancia se manifiestan con claridad en la regulación de diversos aspectos del derecho contemplado en el artículo 37.4 del ET. Es más, consideramos que el fin perseguido por el permiso de lactancia podría ser empleado como criterio interpretativo para corregir algunas deficiencias que resultan de la falta de regulación expresa en el artículo 37.4 del ET de determinadas cuestiones, como, por ejemplo, las siguientes: ¿tiene derecho el padre a disfrutar de la lactancia cuando la madre fallece?; ¿qué ocurre en los casos de partos múltiples?; ¿qué sucede en el caso de separación, nulidad o divorcio con adjudicación de la patria potestad al padre, si la madre no trabaja? En todos esos ejemplos su falta de regulación expresa por el artículo 37.4 del ET puede desembocar en una situación de desprotección para el verdadero beneficia-

<sup>13</sup> BALLESTER PASTOR, M. A.: *La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 62.

<sup>14</sup> HERRERO MARTÍN, J. B. y PEDRAJAS HERRERO, A.: «El período de lactancia: aspectos críticos de su regulación legal». *Comunicación presentada a las XI Jornadas Catalanas de Derecho Social «Conciliar efectivamente la vida laboral y la vida familiar»*. Barcelona, 2 y 3 de marzo, págs. 4 y 5.



rio o causante<sup>15</sup> del permiso por lactancia: el menor de nueve meses; situación inaceptable que podría corregirse haciendo uso de una interpretación del precepto legal que tenga como pilar básico la atención y el cuidado del menor.

### 3. EL ALCANCE DE LA MEJORA DEL ARTÍCULO 37.4 DEL ET VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el Derecho del Trabajo es seguramente el sector del ordenamiento jurídico donde se produce con mayor intensidad el fenómeno de la regulación de mínimos, sobre todo en la determinación de las principales condiciones de trabajo, puesto que la mayoría de éstas son reducibles en su totalidad o en determinados aspectos a una expresión numérica, lo que permite una regulación de mínimos que puede ser mejorada por normas suplementarias<sup>16</sup>. De esta forma, la norma mínima concurre con otra norma que procede de otra fuente con la finalidad de mejorar o superar el mínimo ya marcado.

El principio de norma mínima significa que cada norma laboral actúa, dependiendo de su rango formal, como condicionante mínimo del contenido de las normas que le superan en rango, de manera que cada norma relativa a las condiciones de trabajo debe tener en cuenta que las establecidas con tal carácter en las de rango superior son inderogables en perjuicio del trabajador<sup>17</sup>. El carácter mínimo es destacado por el artículo 3.3 del ET, que exige que el convenio colectivo respete en todo caso las normas estatales, con lo que se aprecia que la finalidad de la norma mínima es garantizar derechos básicos de los trabajadores que no pueden ser derogados o minorados.

Hemos querido hacer esta breve referencia a la regulación de mínimos de condiciones de trabajo y empleo para contemplar el artículo 37.4 del ET desde esta perspectiva, esto es, como norma de carácter mínimo, que puede ser objeto de mejora por la negociación colectiva. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la mejora del permiso por lactancia que puede llevar a cabo un convenio colectivo?

Es cierto, y así lo hemos podido comprobar en el apartado anterior, que el artículo 37.4 del ET regula un derecho de la trabajadora —o del trabaja-

<sup>15</sup> STSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2003 (AS 1955).

<sup>16</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, 2004, pág. 131.

<sup>17</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 966.

dor— «medible en una determinada escala»<sup>18</sup>, que permite que la negociación colectiva lo mejore o supere. En efecto, ya sabemos que la regulación legal del permiso de lactancia permite que la trabajadora, por lactancia de un menor de nueve meses, pueda elegir entre ausentarse de su trabajo durante una hora —con la posibilidad de dividir esta hora en dos fracciones— o reducir su jornada laboral en media hora. Tanto la hora de ausencia del trabajo, fraccionada o no, como la media hora de reducción de la jornada laboral a la que tienen derecho las trabajadoras que cumplan con el requisito de tener un hijo menor de nueve meses, tienen carácter de mínimo, lo que significa que pueden ser mejoradas por la negociación colectiva en los términos que exponemos:

Por un lado, es posible que las partes firmantes de un convenio colectivo acuerden ampliar el período de disfrute del permiso por lactancia, en el sentido de que cabe que se pacte la ampliación del período durante el cual las trabajadoras pueden hacer uso de dicho permiso. El artículo 37.4 del ET reconoce este derecho para la lactancia de un hijo menor de nueve meses, lo que implica que se mantendrá el derecho a la ausencia del trabajo o a la reducción de la jornada por lactancia mientras el hijo sea menor de nueve meses y hasta el momento en el que éste alcance dicha edad, momento en que se extingue el permiso de lactancia, sin perjuicio de que la negociación colectiva amplíe el período de disfrute más allá de los nueve meses de vida del menor<sup>19</sup>.

Por otro lado, mediante la negociación colectiva también es posible que se amplíe el tiempo durante el cual la trabajadora puede ausentarse del trabajo o reducir su jornada laboral, esto es, cabe que se le reconozca a las trabajadoras —o, en su caso, a los trabajadores— que se encuentren incluidas dentro del campo de aplicación de un determinado convenio colectivo más de una hora de ausencia al trabajo o más de media hora de reducción de su jornada de trabajo.

Así pues, pueden darse todas estas posibilidades, que son claras manifestaciones de la concurrencia de dos normas laborales: una norma mínima (el artículo 37.4 del ET) y una norma de mejora o superación del mínimo (un determinado convenio colectivo), dándose en tales casos una relación de complementariedad<sup>20</sup>. Queda claro, por tanto, que la negociación colectiva puede mejorar el mínimo marcado por el artículo 37.4 del ET; pero en

<sup>18</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 131.

<sup>19</sup> Al respecto podemos ver a GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad...*, op. cit., pág. 342. Véase también la STSJ de Cataluña, de 18 de marzo de 2003 (AS 1955), que se refiere al máximo legal de nueve meses de duración en el tiempo del permiso por lactancia.

<sup>20</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 131.



ningún caso podrá regular el permiso de lactancia por debajo de los mínimos legales. Ahora bien, el interrogante que surge, en relación con la SAN objeto de comentario, es el siguiente: la acumulación de las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido, ¿supone una mejora del artículo 37.4 del ET o, por el contrario, sería una posibilidad no conforme a Derecho por afectar a la finalidad perseguida por el permiso de lactancia? Para responder a la cuestión planteada vamos a analizar, como no podía ser de otra manera, la SAN.

#### 4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SAN DE 29 DE MARZO DE 2004

Como anticipamos en el apartado 1, el problema jurídico que se plantea ante la Audiencia Nacional consiste, precisamente, en determinar si el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S.A., que contempla la posibilidad de acumular las horas de lactancia que reconoce el artículo 37.4 del ET en un mes de permiso retribuido, lesiona dicho precepto legal por impedir, tal y como considera la Dirección General de Trabajo, la consecución de la finalidad del permiso por lactancia.

Las partes demandadas entienden que la Administración va en contra de sus propios actos puesto que la regulación del artículo 41.d) del convenio colectivo impugnado es similar a la mantenida en convenios anteriores y nunca se opuso tacha de ilegalidad. Además, consideran, por un lado, que el artículo 37.4 del ET es de derecho necesario relativo y que, por lo tanto, es posible que sea mejorado por la negociación colectiva, y, por el otro, que la acumulación no es obligatoria sino que los trabajadores pueden optar por el sistema establecido en la norma convencional o por el sistema de la norma legal.

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de marzo de 2004, desestima la impugnación de oficio del artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Adeasa, S. A., declarando la conformidad a Derecho de dicha norma. Para llegar a esta conclusión, la Audiencia Nacional se centra en lo esencial de la cuestión planteada, que consiste en determinar si el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa, S. A. viola lo establecido en el artículo 34.7 del ET, dejando al margen el argumento alegado por las partes demandadas de que la Administración va en contra de sus propios actos puesto que, en palabras de la SAN, «*la doctrina de los propios actos no puede suponer la convalidación de una norma contraria al ordenamiento jurídico (...) pues no es posible que la omisión administrativa implique la validez de una norma contraria a Derecho*» (fundamento jurídico segundo).

De esta forma, la fundamentación jurídica de la Audiencia Nacional se basa en determinar cuál es la finalidad perseguida por el permiso por lac-

tancia, haciendo una breve referencia a la evolución que la misma ha seguido desde la redacción dada al artículo 37.4 del ET por la Ley 8/1980 hasta la actualidad; evolución a la que prestamos debida atención en el apartado 2, al que nos remitimos, bastando con recordar que en la actualidad el permiso por lactancia se concibe como un instrumento legal que permite que el hijo menor de nueve meses pueda gozar de la atención que precisa por su padre o madre, sin que el fin del artículo 37.4 del ET se limite a facilitar el deber de lactancia.

Pues bien, precisamente, en esta línea de evolución de la finalidad pretendida por el permiso de lactancia es donde, según la sentencia que estamos comentando, debemos enmarcar el artículo 41.d) del convenio colectivo impugnado, que no es contrario al espíritu y finalidad del artículo 37.4 del ET porque lo que hace el precepto convencional «*no es restringir sino ampliar las posibilidades a las que los padres pueden optar para el mejor cuidado de los hijos*». El cuestionado artículo 41.d) permite que los trabajadores afectados por el Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S. A. puedan optar, si lo consideran más conveniente para la atención y el cuidado de sus hijos menores de nueve meses, por acumular las horas de lactancia y obtener el disfrute de un mes retribuido, lo que supone una superación del número de horas que concede el artículo 37.4 del ET. La norma pactada no impide que el trabajador que desee optar por el sistema establecido en el Estatuto pueda hacerlo, reconociendo la empresa Aldeasa, S. A. tal derecho a los trabajadores que lo solicitan, tal y como se comprobó en la prueba practicada. Por todo ello, concluye la Audiencia Nacional, el artículo 41.d) del convenio colectivo impugnado no contraviene el artículo 37.4 del ET, sino que potencia el espíritu y la finalidad del permiso por lactancia, ampliando las posibilidades que la norma legal concede a los trabajadores.

## 5. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S. A., por motivo de lactancia de un hijo menor de nueve meses, pueden ejercer el derecho reconocido en el artículo 37.4 del ET haciendo uso de alguna de estas cuatro modalidades: una hora de ausencia del trabajo, dos fracciones de hora de ausencia del trabajo, media hora de reducción de la jornada de trabajo —estas tres opciones vienen contempladas en la ley— o un mes de permiso retribuido resultado de la acumulación de las horas de lactancia reconocidas en el artículo 37.4 del ET —opción recogida en el Convenio Colectivo de la empresa Aldeasa, S. A.—. La propia configuración legal del permiso de lactancia, que ofrece una gran libertad al trabajador para elegir la modalidad que estime más conveniente a sus intereses —que deben ser también los intereses del menor—,



responde a la finalidad perseguida por el mismo: la lactancia de un menor de nueve meses en sentido amplio, esto es, la atención y el cuidado necesario al hijo. Y, precisamente, a ello responde también la posibilidad añadida por el convenio colectivo objeto de impugnación, puesto que la finalidad pretendida por el permiso de lactancia no se ve interrumpida, sino, todo lo contrario, se amplían las posibilidades a las que los padres pueden optar para el mejor cuidado de los hijos.

Estamos de acuerdo con la respuesta dada por la Audiencia Nacional, que, como hemos comprobado, atiende al respeto, o no, del fin pretendido por el permiso de lactancia en cuanto criterio clave para solventar la controversia; pero consideramos conveniente profundizar en la cuestión planteada, en el sentido de que hemos de sacar a la luz la verdadera complejidad del asunto, que tan sólo implícitamente está presente en la fundamentación jurídica de la SAN: el artículo 37.4 del ET permite que el período de disfrute del permiso de lactancia llegue hasta los nueve meses de vida del menor, mientras que el artículo 41.d) del Convenio Colectivo Aldeasa, S.A., en el caso —eso sí— de que se opte por la modalidad que el mismo contempla, puede suponer un período de disfrute de tal permiso de unos cinco meses —en el supuesto, que será lo más frecuente en la práctica, de que se elija disfrutar del mes de permiso retribuido a continuación de las dieciséis semanas correspondientes a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad—. Esta reducción del período de disfrute del permiso por lactancia, aunque suponga un incremento del número de horas, ¿supone una lesión a la finalidad del artículo 37.4 del ET?

Entendemos que lo esencial es dejar libertad al trabajador para que pueda elegir la modalidad que mejor le permita cuidar y atender al menor de nueve meses, de manera que si la madre —o el padre— considera, en función de las circunstancias que concurran, que es preferible disfrutar de un mes de permiso retribuido y libremente opta por tal modalidad, no habría vulneración del artículo 37.4 del ET, puesto que, precisamente, no se ha elegido una de las opciones que ofrece la norma legal porque la trabajadora ha considerado más adecuado el sistema convencional. Se respeta el carácter de mínimo del artículo 37.4 del ET puesto que no se obliga a ningún trabajador a elegir el disfrute del mes de permiso retribuido, lo que, sin ninguna duda, sí sería contrario al ordenamiento jurídico por negar un derecho reconocido en la ley.

Y es que el permiso de un mes retribuido puede que, en algunas ocasiones —sobre todo en los supuestos en los que el lugar de trabajo se encuentra a una distancia considerable de la vivienda del trabajador—, sea preferible a la reducción de la jornada y a la ausencia del trabajo, debido a la escasa eficacia práctica del permiso por lactancia en tales supuestos. De hecho, el reconocimiento de un crédito de horas, de cuantía igual a la que supone el derecho a disminuir la jornada en media hora diaria durante el pe-

río que transcurre desde la incorporación tras la suspensión por maternidad hasta que el niño tuviera la edad de nueve meses, de titularidad reconocida a ambos padres y sin posibilidad de transferencia de uno al otro, ha sido una propuesta sindical<sup>21</sup>.

Es más, consideramos que para que el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa, S. A. vulnerase el derecho al permiso por lactancia del artículo 37.4 del ET y, poder ser declarado, por ello, ilegal, debe quedar claro que con el sistema convencional se perjudica el interés protegido: el cuidado y la atención al menor de corta edad, lo que, según hemos expuesto, no se da en este supuesto. Y ello sería así, a pesar de tratarse de una opción libre de la trabajadora, puesto que en tal caso se iría en contra del artículo 3.5 del ET, en virtud del cual los trabajadores no pueden disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario.

Para entender que la reducción del período de nueve meses durante el cual se puede disfrutar del permiso de lactancia —aunque se trate de una opción libre que se añade a las otras posibilidades reconocidas por el legislador y aunque suponga el reconocimiento de un mayor número de horas a favor del trabajador— es contraria al artículo 37.4 del ET, el permiso de lactancia se debería haber configurado no sólo como un derecho del trabajador sino también como un deber, al estilo de la causa de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, en base a la trascendencia del interés protegido: cuidado y atención del menor que, en todo caso, debe contar, desde este punto de vista, no sólo con las horas de lactancia reconocidas en el ET, sino también con el período de nueve meses dentro del cual disfrutar de dichas horas.

No podemos perder de vista que nos encontramos ante un derecho de naturaleza potestativa, que se podrá o no ejercitar<sup>22</sup>, de manera que la opción por no ejercerlo puede tener una repercusión negativa aún mayor que la opción por acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido. Si el cuidado y atención del menor, en cuanto finalidad perseguida por el artículo 37.4 del ET, fueran absolutamente necesarios para el menor y sólo se pudieran conseguir mediante una hora de ausencia del trabajo o mediante la reducción de la jornada laboral en media hora a lo largo de los primeros nueve meses de vida del menor, tal y como reconoce el artículo 37.4 del ET, sí sería ilegal el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa. Ahora bien, si ello es así, no se entienden los numerosos vacíos de

<sup>21</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley...», *op. cit.*, pág. 10.

<sup>22</sup> VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad...*, *op. cit.*, pág. 25 y GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo...*, *op. cit.*, pág. 57.



regulación existentes como, por ejemplo, ¿qué ocurre en el caso de fallecimiento de la madre, puede disfrutar el padre del permiso de lactancia?; ¿y en el caso de que fallezcan los padres, no debería de haberse regulado el derecho de un familiar a disfrutar del permiso por lactancia?; ¿y en los casos de parto múltiple, no debería de haberse regulado el derecho a disfrutar de tantos permisos como hijos menores de nueve meses? El legislador tendría que haber dado una respuesta clara y expresa a todos estos supuestos planteados, sin perjuicio de que, mientras tanto, apostemos por la conveniencia de atender a la finalidad perseguida por el artículo 37.4 del ET en cuanto criterio interpretativo clave que evite la aparición de inaceptables situaciones de desprotección para el menor de nueve meses.

Por lo demás, nos mantendremos a la espera del pronunciamiento del TS puesto que la SAN de 29 de marzo de 2004 ha sido recurrida.