

Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *Para determinar la duración del permiso por lactancia cuando este se acumula en jornadas completas, se ha de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo-, por el número de horas de trabajo que integran la jornada diaria de la persona trabajadora, aunque de esta fórmula resulte, para quienes trabajan a tiempo parcial, mayor número de días laborales acumulados de permiso retribuido que para las personas que trabajan a tiempo completo.*

Palabras clave: *Permiso por lactancia. Acumulación en jornadas completas. Principio de igualdad de trato. Trabajo a tiempo parcial. Conciliación de la vida laboral y familiar.*

Abstract: *To determine the duration of the breastfeeding leave when it is accumulated into full days, the total number of working days remaining until the date on which the child turns nine months old - or the highest age, if applicable, established by the collective agreement - must be divided by the number of working hours that make up the daily working day of the worker, even if the result of this operation is a higher number of accumulated work days of paid leave for people who work part-time than for people who work full time.*

Keywords: *Breastfeeding leave. Accumulation in full days. Principle of equal treatment. Part-time work. Reconciliation of work and family life.*

I. Introducción

La aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación entre las personas que trabajan a tiempo parcial y las que lo hacen a jornada completa debe garantizarse en todo caso, aunque, paradójicamente, en algunos supuestos la solución obtenida aparente ser más favorable para quienes trabajan a tiempo parcial. Así ocurre cuando procede cuantificar el número total de días laborables de permiso por lactancia que la empresa ha de reconocer y retribuir cuando la persona trabajadora se acoge a la modalidad de disfrute en jornadas completas, resultando un mayor número de jornadas de libranza acumulada para quienes trabajan a tiempo parcial. Se trata, en realidad, de un trampantojo jurídico, un espejismo, pues con la fórmula acuñada por la jurisprudencia, como se explica en la decisión que es objeto de comentario en estas páginas, no resultan más favorecidas las personas que trabajan a tiempo parcial ya que el número total de horas de permiso por lactancia es el mismo para ambas categorías de trabajadores, a tiempo completo y a tiempo parcial.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 986/2023, de 21 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD. núm. 2978/2022.

ECLI:ES:TS:2023:5160.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La Sala Cuarta del TS afronta la resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina, promovido por la parte empresarial contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2022, por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 4619/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Córdoba, de fecha 28 de julio de 2021, recaída en proceso sobre conflicto colectivo.

La cuestión de fondo a dirimir es la determinación de cómo debe calcularse la acumulación de jornadas por lactancia de las personas trabajadoras a tiempo parcial, en un supuesto en que la empresa reconoce el derecho a tal acumulación, pese a que el convenio colectivo de aplicación -el CC estatal para el sector de restauración colectiva- no regula esta materia.

La sentencia del JS de Córdoba desestima la demanda de conflicto colectivo y considera conforme a derecho la práctica de la empresa, consistente en dividir el número de días laborables que restan a partir de la reincorporación de la persona trabajadora tras la baja por maternidad o paternidad hasta que el menor cumpla nueve meses, por las ocho horas correspondientes a la jornada ordinaria, y reconocer los mismos días acumulados resultantes a las personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial.

El TSJ andaluz acoge el recurso de suplicación interpuesto por el sindicato demandante, por entender que a las personas que trabajan a tiempo parcial les corresponden tantos días acumulados como los que resultan de dividir los días laborables que quedan hasta que el/la menor cumpla nueve meses, por el número de horas diarias de su jornada parcial (y no por las 8 horas que conforman la jornada ordinaria en la empresa). Lógicamente, con esta operación aritmética resulta un mayor número de días de acumulación en favor de las personas trabajadoras a tiempo parcial que para las que trabajan a tiempo completo, toda vez que el dividendo es el mismo para ambas clases de personas trabajadoras -los días laborables que restan hasta que el/la menor cumpla 9 meses- mientras que el divisor es inferior en las personas trabajadoras a tiempo parcial por la menor jornada diaria que realizan.

Frente a este pronunciamiento la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

IV. Posición de las partes

1. Posición de la partes recurrente y recurrida

La empresa recurrente denuncia infracción del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), aduciendo que de este precepto no puede derivarse la interpretación acogida en la sentencia recurrida, que supone reconocer más días de

acumulación de jornada a las personas trabajadoras a tiempo parcial que a las que prestan servicios a tiempo completo.

Como sentencia de contraste, invoca el recurso la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2019 (rec. 640/2019), la cual, afrontando la misma problemática jurídica, en una situación en la que el convenio colectivo aplicable tampoco contiene reglas específicas en materia de acumulación (no niega el derecho pero tampoco lo regula), concluye que el disfrute acumulado no puede dar lugar a que las personas trabajadoras a tiempo parcial disfruten de un mayor número de días de acumulación de lactancia que las personas que trabajan a tiempo completo. En consecuencia, considera correcto el planteamiento de la empresa de reconocer a las personas que trabajan a tiempo parcial el mismo número de días acumulados de permiso por lactancia que a quienes prestan sus servicios a tiempo completo.

El sindicato, parte recurrida, no ha impugnado el recurso.

2. Posición del Ministerio Fiscal

El Ministerio Público emite informe favorable a la estimación del recurso (alineándose con la tesis de la empresa).

V. Normativa aplicable al caso

Partiendo de que ninguno de los convenios colectivos, el aplicable en la sentencia recurrida y el de la sentencia de contraste, contiene reglas específicas sobre el modo y manera en el que debe procederse a la acumulación del permiso por lactancia en jornadas completas, el problema suscitado ha de resolverse a partir de la interpretación y aplicación de dos preceptos legales:

-El art. 37.4 del ET, conforme al cual: “En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.” Y añade: “Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.”

-El art. 12.4.d) del ET, que en trasposición de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, que figura en el Anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, dispone: “Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.”

VI. Doctrina básica

Para la resolución del asunto ahora discutido, parte la Sala IV de su previa doctrina sobre el parámetro cuantitativo que debe utilizarse para calcular el número de días acumulados de permiso por lactancia, habiendo fijado en STS 419/2018, de 19 abril (rcud. 1286/2016) el criterio de que el número de días resultantes debe computarse conforme a la hora diaria de ausencia del puesto de trabajo a que se refiere el primer párrafo del art. 37.4 ET, que configura la esencia del permiso, y no a la media hora de reducción de jornada que contempla como opción alternativa el párrafo segundo de ese mismo precepto.

El legislador deja en manos de la negociación colectiva la posibilidad de reconocer y regular este derecho al disfrute acumulado de la hora de permiso por lactancia; en defecto de regulación convencional, la acumulación en días laborables del permiso por lactancia exige acuerdo con la empresa^[1].

Las personas que trabajan a tiempo parcial no pueden recibir un tratamiento menos favorable que quienes prestan sus servicios a tiempo completo a la hora de disfrutar el permiso por lactancia, bajo ninguna de las diferentes modalidades en la que puedan ejercitar ese derecho (una hora diaria de ausencia del puesto de trabajo, media hora de reducción de jornada, disfrute acumulado del permiso). La total duración del permiso, en número de horas de trabajo, es exactamente la misma para las personas trabajadoras a tiempo completo y a tiempo parcial, sin que para estas últimas se vea reducido proporcionalmente a la menor duración de su jornada.

Como quiera que el permiso consiste en una hora de ausencia diaria del puesto de trabajo, tanto para las personas trabajadoras a tiempo completo como a tiempo parcial, esto supone que el número total de horas que deben acumularse son tantas como días laborables queden desde la fecha de reincorporación a la empresa tras la baja por maternidad o paternidad, hasta que el/la menor alcance la edad de nueve meses (duración máxima del permiso).

Con estas premisas, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo- por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada diaria de la persona trabajadora. El resultado de esta operación puede traducirse en un mayor número de días acumulados de permiso para las personas trabajadoras a tiempo parcial, dado que necesitarán un mayor número de días de ausencia para completar el número total de horas de permiso al ser su jornada diaria más corta, pero ello no comporta un trato más favorable respecto a quienes trabajan a tiempo completo ni, *a sensu contrario*, una discriminación desfavorable para los últimos.

Si la fórmula utilizada es la de dividir el número de días que quedan hasta el cumplimiento de la edad máxima del menor, por las ocho horas de la jornada ordinaria de trabajo, no se causa perjuicio alguno a las personas trabajadoras a tiempo completo, que disfrutarán finalmente de un total de días acumulados equivalentes a la hora diaria de ausencia del puesto de trabajo en la que el consiste el permiso. Por el contrario, si se aplica esa misma regla -como postulan la empresa y la sentencia de contraste- a las personas trabajadoras a tiempo parcial, que realizan una jornada inferior a la ordinaria de ocho horas diarias, sucede entonces que los días acumulados resultantes no serían equivalentes al total de número de horas de permiso que les corresponden por esa hora diaria y hasta aquella misma fecha en la que el menor alcance la edad de referencia. Se les estaría aplicando de esta forma un trato menos favorable respecto a los que prestan servicio a tiempo completo, contraviniendo lo dispuesto en el art.12. 4 d) ET y en la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial de la Directiva 97/81/CE, sin que existan razones objetivas que lo sustenten.

VII. Parte dispositiva

El fallo de la STS 986/2023 dice lo siguiente:

“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Mediterránea de Catering, S.L., contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2022, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 4619/2021, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Córdoba, de fecha 28 de julio de 2021, recaída en autos núm. 178/2021, seguidos a instancia de la Unión General de Trabajadores contra Mediterránea de

Catering, S.L., sobre conflicto colectivo, para confirmarla y declarar su firmeza. Sin costas y con pérdida del depósito constituido por la empresa para recurrir.”

VIII. Pasajes decisivos

La STS 986/2023 despliega una argumentación prolija, precisa y circunstanciada como respaldo al criterio finalmente asumido. Los pasajes más rotundos y decisivos se recogen en los fundamentos de derecho tercero y cuarto. De entre ellos, cabe destacar las siguientes aseveraciones:

- “El permiso de lactancia consiste en el derecho a ausentarse una hora del puesto de trabajo, por más que se admita la posibilidad de que su ejercicio pueda articularse bajo cualquiera de aquellas otras dos opciones alternativas.”

- “(...) la correcta interpretación de lo dispuesto en el art. 37.4 ET, pasa por entender que el derecho de ausentarse una hora del puesto de trabajo debe aplicarse exactamente por igual a todos los trabajadores que solicitan el permiso de lactancia, ya sean a tiempo completo o parcial, sin que quepa una reducción proporcional a la menor duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial.”

- “Estamos de esta forma ante un permiso retribuido ciertamente peculiar, en la medida en que su total duración, en número de horas de trabajo, es exactamente la misma para los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, sin que para estos últimos se vea reducido proporcionalmente a la menor duración de su jornada.”

- “Si los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a una hora de ausencia del puesto de trabajo, su acumulación en días completos de trabajo debe necesariamente sujetarse a ese mismo parámetro cuantitativo, de tal forma que bajo esa modalidad de ejercicio del permiso acaben finalmente disponiendo del mismo número total de horas que les hubiere correspondido de haberlo disfrutado diariamente.”

- “En consecuencia, la fórmula que debe utilizarse para cuantificar los días laborables acumulados de permiso, es la de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en la que el menor cumple los nueve meses - o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora.”

- “La cifra resultante de esa división será el número de días laborables acumulados que deben reconocerse al trabajador que opta por activar esa modalidad.”

IX. Comentario

El criterio acogido por la Sala Cuarta es el acertado. En efecto:

-Acierta el TS cuando sostiene que la duración del permiso por lactancia (una hora por día laborable) debe ser la misma para trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. No es aplicable en este caso la regla de proporcionalidad que en otros supuestos permite ajustar la magnitud del derecho a la duración de la jornada, toda vez que la finalidad del permiso es atender las ineludibles necesidades nutricionales que requiere la crianza de un menor de nueve meses, que son, obviamente, las mismas cualquiera que sea la jornada de trabajo de sus progenitores.

-Acierta cuando resuelve que la posibilidad de acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia del puesto de trabajo y no a la media hora de reducción de jornada que la norma configura como una de las dos opciones alternativas.

-También acierta cuando mantiene que la única forma de garantizar que quienes trabajan a tiempo parcial disfruten el mismo número total de horas de permiso por lactancia que quienes trabajan a tiempo completo pasa por dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en que el/la menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo-, por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada de la persona trabajadora. Solo de ese

modo se consigue que el total de jornadas de trabajo acumuladas se corresponda fielmente con el del número de horas a las que tendría derecho a ausentarse la persona trabajadora en ejercicio del permiso.

-Por último, le asiste la razón cuando afirma que la aplicación de esta fórmula puede generar un efecto engañoso, al resultar de la misma que las personas que trabajen a tiempo parcial van a disfrutar de un mayor número de jornadas acumuladas que las que prestan servicio a tiempo completo. Pero es una mera ilusión, un espejismo o “trampantojo”, si se repara en la circunstancia de que todas ellas disfrutan, finalmente, de las mismas horas de permiso aunque con diferente distribución.

X. Apunte final

El Tribunal Supremo da un paso más en su contribución para delimitar el régimen jurídico del permiso por lactancia, fijando en esta ocasión el modo en que debe procederse para cuantificar los días laborables acumulados cuando se opta por esta modalidad de disfrute. Para ello establece una fórmula que habrá de aplicarse con independencia de la condición a tiempo parcial o a jornada completa de la persona trabajadora; una fórmula de cuya aplicación resulta un mayor número de días acumulados de permiso cuanto menor sea la duración de la jornada diaria. Ello es así porque la acumulación de la hora diaria de permiso en días completos de libranza no modifica la duración de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial, que no van a disfrutar por ello de días de permiso retribuido de duración superior (en número de horas) a un día laborable. Por poner un ejemplo, si la jornada diaria de un trabajador a tiempo parcial es de cinco horas, los días acumulados de permiso por lactancia en jornadas completas respetarán esa misma magnitud (cinco horas retribuidas por día de permiso). Es decir, cuando el art. 37.4 ET permite la acumulación de la hora diaria de permiso por lactancia en “jornadas completas”, el adjetivo “completas” hay que entenderlo referido a la jornada diaria de cada concreta persona trabajadora, no como equivalente a un trabajo a tiempo completo. La aplicación del coeficiente de parcialidad incidirá en la retribución de cada día acumulado de permiso por lactancia, con lo que las personas que trabajan a tiempo parcial no consiguen una mayor compensación económica que quienes trabajan a tiempo completo en esta modalidad de ejercicio del permiso por lactancia.

Lo relevante es que el número total de horas de permiso por lactancia que se van a disfrutar sea el mismo para quienes trabajan a tiempo completo y a tiempo parcial, aunque para ello dichas horas se tengan que distribuir en un mayor número de días de libranza retribuida cuando la jornada diaria no cubre el total de horas de una jornada a tiempo completo.

Referencias:

1. [^] *El frustrado RDL 7/2023, de 19 de diciembre, suprimió la remisión a los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo con la empresa para poder acumular el permiso por lactancia en jornadas completas, configurando dicha acumulación como un derecho subjetivo de la persona trabajadora. Modificación que solo estuvo en vigor tres semanas, entre el 21 de diciembre de 2023 y el 10 de enero de 2024, fecha esta en la que el RDL 7/2023 quedó derogado al no superar el trámite de convalidación en el Congreso de los Diputados.*