

De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía

***From conciliation to the joint responsibility in the Spanish
regulation of lactation license. Reality or utopia***

***De la conciliation à la coresponsabilité dans la réglementation
espagnole du permis d'allaitement. Réalité ou utopie***

***Da conciliação à co-responsabilidade na regulação espanhola da
licença de maternidade. Realidade ou utopia.***

Mariola Serrano Argüeso¹

Nerea Ereñaga De Jesús²

Resumen

El objeto de este análisis es conocer la regulación legal del permiso de lactancia en el ordenamiento jurídico español. Para ello, se acude a su evolución histórica, su regulación, su

1 Profesora encargada doctora. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto. Bilbao. España. La autora es, además, colaboradora del equipo de investigación "EDISPe, Economía, desarrollo e innovación social para las personas", reconocido por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de grupos de investigación del sistema universitario vasco con referencia IT-637-13. Correo electrónico: mariola.serrano@deusto.es.

2 Grado en Relaciones Laborales y recursos Humanos. Máster en Intervención en Violencia contra las mujeres. Universidad de Deusto. Bilbao. España. Correo electrónico: nereaaerenaga@gmail.com. Este artículo fue recibido el día 22 de enero de 2014 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 18 del 10 de mayo de 2014.

contenido y, finalmente, se hace una reflexión sobre cómo las últimas reformas laborales que se han dado en España han influido en este derecho. Por lo tanto, este trabajo permite un conocimiento actualizado del permiso de lactancia y comprobar si las medidas que establece son suficientes para hacer veraz la corresponsabilidad.

Palabras clave: Permiso de lactancia, corresponsabilidad, conciliación, igualdad, empresa.

Abstract

The purpose of this analysis is to know the legal regulation of lactation license in the Spanish juridical system. For this purpose, it turns up to its historical evolution, regulation, contents and finally, a reflection is done on how the latest labor reforms given in Spain have influenced in this law. Therefore, this dissertation allows an updated knowledge of lactancy license and to verify if the established actions are sufficient to make truthful the joint responsibility.

Key words: Lactation license, joint responsibility, conciliation, equality, company.

Résumé

Le but de cette analyse est de déterminer la réglementation du congé dans l'ordonnancement juridique espagnol. Pour cela, l'article se tourne vers son évolution historique, sa réglementation, son contenu et enfin une réflexion sur la façon dont les récentes réformes du travail ayant eu lieu en Espagne ont influencé ce droit. Par conséquent, ce travail permet une connaissance actualisée du permis d'allaitement maternel afin de vérifier si les mesures sont suffisantes pour faire de la coresponsabilité une voie.

Mots-clés: Permis d'allaitement maternel, coresponsabilité, conciliation, égalité, entreprise.

Resumo

O objeto desde análise é conhecer a regulação legal da licença de maternidade no ordenamento jurídico espanhol. Para isso, se considera sua evolução histórica, sua regulação, seu conteúdo e, finalmente, se faz uma reflexão sobre como as últimas reformas laborais na Espanha tem influenciado neste direito. Portanto, este trabalho permite um conhecimento atualizado da licença de maternidade e constatar se as medidas que estabelece são suficientes para fazer veraz a co-responsabilidade.

Palavras-chave: Licença de maternidade, co-responsabilidade, conciliação, igualdade, empresa.

Sumario

1. Introducción. 2. Conciliación de la vida familiar y laboral versus corresponsabilidad. 3. Regulación y evolución legislativa del permiso de lactancia. 4. Análisis crítico de la regulación jurídica del permiso de lactancia. 5. La influencia de las últimas reformas laborales españolas sobre el permiso de lactancia. 6. La titularidad del permiso de lactancia en la jurisprudencia. 7. A modo de conclusión. 8. Referencias.

1. Introducción

Las medidas de conciliación en la empresa son una herramienta imprescindible para impulsar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el plano laboral. Ahora bien, para afrontar un reparto equilibrado de las tareas tanto en el espacio público como en el espacio doméstico y de cuidado, hay que vincular la conciliación con la corresponsabilidad. Y es que en el ordenamiento jurídico español existen medidas de conciliación que, con redacciones aparentemente neutras, no satisfacen la consecución de la corresponsabilidad en el cuidado.

Con ese prisma crítico se analiza en el presente trabajo la regulación legal y evolución normativa del permiso de lactancia en la legislación española. En primer lugar, se diferencia el sentido y significado de los términos conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad; en segundo lugar, se hace un minucioso estudio de la regulación y evolución legislativa española del permiso de lactancia desde que se plasma en las primeras normas laborales hasta la actualidad; en tercer lugar, se hace un análisis jurídico crítico del mismo para dejar en evidencia su sentido como permiso conciliatorio y corresponsable; en cuarto lugar, se analiza la influencia de las últimas reformas laborales sobre el permiso de lactancia. Por último, el

estudio aborda la evolución interpretativa de los tribunales que, por otra parte, ha sido clave en las sucesivas modificaciones legales del permiso de lactancia. Finalmente, se efectúan conclusiones y propuestas finales.

2. Conciliación de la vida familiar y laboral *versus* corresponsabilidad

Hoy en día, de forma paralela a la incorporación de la mujer en el mundo laboral se ha producido un aumento del número de mujeres que se dedican simultáneamente al trabajo dentro y fuera del hogar familiar, lo que da lugar a una “doble jornada de trabajo”: el trabajo productivo, el trabajo doméstico y el cuidado de familiares (Aguilera & Gil, 2010). La mayor dedicación de las mujeres a las tareas de cuidado es un elemento central en el mantenimiento de los niveles de discriminación laboral de las trabajadoras, en el acceso al empleo, a la formación, a la promoción y en el reconocimiento profesional y retributivo. Este nuevo “fenómeno”, el de la mujer con responsabilidades familiares³, pone en evidencia una contradicción entre un nuevo mundo laboral (caracterizado por la incorporación de las mujeres) y un viejo modelo familiar (todavía, en gran medida vigente, basado en la división del trabajo según el género). La superposición de estos dos modelos (y no su integración) configura una relación contradictoria e incluso conflictiva que marca la cotidianidad (Royo, 2011).

3 Concepto utilizado por Rodríguez, S (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Durante años, se ha trabajado sobre el eje de la conciliación⁴, en vez de incorporar a éste un nuevo replanteamiento del trabajo reproductivo y las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, es decir, una corresponsabilidad que permita un equilibrio natural entre trabajo y vida. Con la corresponsabilidad, la cuestión antidiscriminatoria por razón de género adquiere una nueva dimensión. Explica Ballester (2012) que una vez planteadas y admitidas ideas conceptuales como el de la discriminación indirecta o el de la acción afirmativa, el reto de la igualdad real por razón de género se desplaza actualmente con gran fuerza ideológica al ámbito del reparto de responsabilidades.

En los últimos años, en España, el avance legislativo en materia de igualdad entre mujeres y hombres ha tenido una intensa evolución por el impulso tanto de las exigencias de la Unión Europea⁵ (transposición de directivas, estrategias y planes de igualdad), como del movimiento de mujeres y organizaciones sociales, que reclaman una mayor atención a la necesidad de conciliar actividad laboral y vida familiar y que demandan un panorama normativo que se adecue y reconozca la existencia de nuevos modelos de familia (uniones de hecho, parejas del mismo sexo, familias monoparentales, escasa natalidad, etc.) y los cambios en la atribución de roles y estereotipos por razón de género.

El concepto conciliación trabajo-familia se puede entender de diversas maneras: conciliación, en sentido estricto, indica la posibilidad de compatibilizar los tiempos dedicados a la familia y al trabajo. En sentido amplio, se refiere al desarrollo pleno de las personas en el ámbito del trabajo, afectivo, familiar, personal de ocio, estudio e investigación, y a disponer de tiempo

4 El término “conciliación” apareció por primera vez en el Plan de Acción Social de la Comunidad Económica Europea de 1974. En aquel momento, formó parte de la lucha en favor de la igualdad real entre hombres y mujeres, es decir, se trabajó desde una perspectiva antidiscriminatoria.

5 En lo sucesivo UE.

para sí (Cámara, 2012). Se trata de mantener un equilibrio entre las múltiples dimensiones de la vida con el fin de mejorar el bienestar, la salud y la capacidad de trabajo personal. Lo cierto es que, tradicionalmente, las medidas de conciliación se han dirigido principalmente a las mujeres, lo que contribuye en la feminización del problema.

La corresponsabilidad social va más allá de la conciliación. Implica una actitud sensible de las organizaciones hacia esta cuestión que supone el progreso a una nueva cultura de la organización. El éxito de las medidas que tienen en cuenta el enfoque de la corresponsabilidad radica en su universalización, ya que se aplican tanto a trabajadores como a trabajadoras, porque su finalidad es promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (García, 2012). La falta de corresponsabilidad, y las dificultades para conciliar la vida familiar, personal y laboral contribuyen a sostener la discriminación laboral y salarial de las mujeres y constituyen unas de sus principales barreras para evolucionar profesionalmente. Para la sociedad supone la pérdida de talento, lastra la competitividad empresarial y dificulta el progreso económico. No se trata de buscar medidas para que las mujeres puedan trabajar sino de repartir tareas y responsabilidades para que hombres y mujeres disfruten y ejerzan los mismos derechos y las mismas responsabilidades.

Según datos del Instituto de la mujer (2012), en España, en el año 2012, el 94,98% de personas que se acogieron a la excedencia por cuidado de menores estaba conformado por mujeres, el 85,67% en la excedencia por cuidado de familiares. En el caso del permiso de maternidad (cuya regulación jurídica en España permite que se pueda compartir entre ambos progenitores previa cesión de la madre) el 98,32% de quienes hicieron uso del mismo estaba compuesto por mujeres, mientras que sólo 245.867 hombres disfrutaron del permiso de paternidad (de uso exclusivo por los padres). El alto porcentaje de mujeres que se acogen a las medidas previstas para facilitar la conciliación y el bajo porcentaje de hombres que las solicitan, muestra una clara división de roles en la sociedad que hace que las mujeres

asuman, casi en exclusiva, las tareas de cuidado de menores y mayores. Hay que replantearse el papel que tanto mujeres como hombres desempeñan en el plano familiar y conseguir que las medidas de conciliación y corresponsabilidad agreguen un justo equilibrio de responsabilidades familiares. Es necesario que los poderes públicos estipulen, en primer lugar, instrumentos de igualdad material o real del reparto de responsabilidades y, en segundo lugar, afiancen lo estipulado.

Las medidas de conciliación y corresponsabilidad se pueden agrupar en 5 categorías: medidas de flexibilización de la relación laboral (permisos y excedencias); medidas de flexibilización del lugar de trabajo (teletrabajo, flexibilidad organizativa); prestaciones sociales de las empresas relacionadas con conciliación de la vida laboral, personal y familiar y, finalmente, políticas de recursos humanos que incidan en la concienciación e importancia de estas políticas a la hora de fomentar el desarrollo de sociedades más justas y equitativas. Ello, no obstante, hay que tener en cuenta que existen políticas teóricamente neutras de conciliación que al aplicarse; sin embargo, perpetúan los roles de género, tal y como ocurre con la actual configuración en la legislación española del permiso de lactancia. Hay que replantearse, entre otras cuestiones, la titularidad de estos derechos de conciliación y la opción de renunciar a los mismos. El objetivo, más allá de reconocer la igualdad formal ante las leyes, es equilibrar las responsabilidades en el hogar familiar e ir eliminando los obstáculos que hacen retroceder a la mujer en el ámbito laboral.

3. Regulación y evolución legislativa del permiso de lactancia

El permiso de lactancia surge por primera vez en el año 1900, concretamente, es la llamada Ley Dato (Ley de 13 de marzo de 1900, reguladora

de las condiciones de trabajo de mujeres y niños.), donde se regulaban las condiciones de trabajo de mujeres y niños, la que recogió por primera vez este permiso. Rezaba su artículo 9 de la siguiente manera:

No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causa de próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento. Las mujeres que tengan hijos en el período de la 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 hubieren escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia (Espuny, 2006).

En el año 1900, cuando todavía no existía la OIT (Organización Internacional del Trabajo, creada en 1919), y se permitían jornadas de trabajo en las fábricas de diez u once horas diarias, empiezan a surgir leyes con un soporte ideológico formado por la convicción de que la sociedad y el Estado han de proteger a la persona trabajadora (Tomás & Valiente, 2005). De este modo surge una nueva etapa del Derecho protector de la clase obrera (Palomeque & Álvarez, 2008). Pero siempre desde una óptica diferente para hombres y mujeres, ya que entre las reivindicaciones y las condiciones de trabajo, expuestas por el colectivo obrero, apenas había peticiones para mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres (De María, 2011). Por aquel entonces, la entrada de las mujeres al mercado laboral no era más que ventajosa para la empresa puesto que los salarios que percibían eran menores y su mano de obra abundaba. Concretamente, la Ley de 13 de marzo de 1900, es una ley protectora exclusivamente de menores y mujeres y condujo, como hacen las normas sobreprotectoras, a la exclusión de las mujeres de

las esferas importantes del mercado de trabajo y a su vez, a la relegación de la actividad femenina a la esfera del hogar (Martínez, 1995). Este factor, ha influido también históricamente en una menor protección laboral de las mujeres porque el eje de la legislación laboral pasó a ser el varón trabajador.

Este precepto jurídico regulador del permiso de lactancia se reprodujo posteriormente en distintas normas, a saber, el RD de 21 de agosto de 1923, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, el Decreto de 20 de agosto de 1970 y la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Garrigues, Núñez & Velasco, 2008).

Tras la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978, y en cumplimiento de lo previsto en su artículo 35.2 se establece la implementación del primer Estatuto de los Trabajadores⁶ el 10 de marzo de 1980. Dicha norma recoge en su artículo 37.4 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 la jornada normal en media hora con la misma finalidad.

Así pues, en la etapa postconstitucional, el permiso nace vinculado a la lactancia natural y se limita su ámbito de aplicación a las mujeres trabajadoras por cuenta ajena (artículo 1.1 del ET). Su finalidad en este momento es, claramente, facilitar a la trabajadora que amamantaba personalmente a su hija o hijo, la continuación de la alimentación materna tras reincorporarse a su puesto de trabajo. En cuanto a la duración del permiso de lactancia es hasta los nueve meses de vida del menor, a pesar de que la Estrategia mundial recomienda que la lactancia natural no se abandone hasta los dos años de edad (Cabeza & Fernández, 2011).

6 En adelante, ET.

Las posteriores modificaciones del permiso de lactancia son las siguientes:

- La Ley 3/1989, de 3 de marzo (Boletín Oficial del Estado nº 57, de 8 de marzo), por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato en el trabajo (artículo 1).
- La Ley 39/1999, de 5 de noviembre (Boletín Oficial del Estado nº 266, de 6 de noviembre), de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (artículo 2.1).
- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (Boletín Oficial del Estado nº 71, de 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Disposición adicional décimo primera. Cinco).
- Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (Boletín Oficial del Estado, nº 36, de 11 de febrero) de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Disposición final primera. 1).

La Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo modifica la redacción del artículo 37.4 del ET en el siguiente sentido:

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen.

En este momento se tiene conciencia, por primera vez, de la capacidad del padre para ejercer este derecho, siempre y cuando ambos trabajen por cuenta ajena. Aun así, ni se soltó el lastre histórico del beneficio femenino vinculado con el amamantamiento, ni se acogió la tendencia actual de

considerarlo un permiso parental indistinto de cuidado de la hija o el hijo (Lousada, 2011).

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral⁷, por su parte, introduce un cambio de lectura en cuanto a la jornada de trabajo:

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 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.

De esta nueva redacción se destaca que la “reducción de la jornada normal” se sustituye por “reducción de su jornada”. De esta forma, se posibilita que la mujer trabajadora a tiempo parcial que disfrute de este permiso goce del mismo cómputo de media hora de reducción, es decir, que su permiso sea de igual duración al que tendría una persona contratada a tiempo completo (Albiol, 2001).

En cuanto a la titularidad del derecho, éste sigue unido a la mujer trabajadora. El problema fundamental en este momento se basa en el hecho de que la mujer tenga que trabajar por cuenta ajena para que el padre, también trabajador por cuenta ajena, pueda hacer uso de él. Es decir, la titularidad principal sigue siendo de la madre y se relega al padre a un lugar secundario en el supuesto de que ésta se lo transmita o traspase.

7 En adelante, Lcvfl.

Esta redacción se mantiene hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁸. El artículo 37.4 del ET pasa a ser redactado de la siguiente manera,

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 duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

La LOI introduce por primera vez la oportunidad de acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, aunque deja su concreción al albur del Convenio Colectivo o la persona empleadora y se pierde la gran oportunidad de haberlo convertido en un verdadero derecho exigible por la persona trabajadora.

Es cierto que la LOI introdujo directrices para favorecer la igualdad en el ámbito profesional porque adoptó medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ordenamiento laboral español. Entre ellas destacan las siguientes: el permiso retribuido por intervención quirúrgica de familiares sin hospitalización; el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo (la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares y el derecho a disfrutar de las vacaciones al finalizar el periodo de suspensión del contrato en los supuestos de incapacidad temporal derivada de embarazo, parto o lactancia natural, y de permiso por maternidad); las excedencias (voluntaria o por cuidado de hijos o hijas y familiares), así como

8 En adelante, LOI.

el permiso de paternidad como derecho individual e intransferible. A pesar de ello, estas medidas de conciliación están lejos de la consecución de una verdadera corresponsabilidad en la empresa.

La última modificación del permiso de lactancia es la introducida por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La actual redacción del 37.4 del ET es la siguiente:

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el art. 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiple. 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 colectiva⁹ o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

Por primera vez, el permiso de lactancia se configura como un derecho neutro, dirigido tanto a hombres como a mujeres y centra su finalidad en la atención y el cuidado de la menor o el menor de escasa edad y no en la lactancia natural o artificial. En este momento surgen las primeras reflexiones acerca de si abarca verdaderamente la perspectiva de género y, por consiguiente, si contiene un objetivo más que conciliador, de corresponsabilidad.

9 En adelante, NC.

4. Análisis crítico de la regulación jurídica del permiso de lactancia

La regulación legal del permiso de lactancia se establece en el artículo 37.4 del ET. La finalidad actual de dicho permiso es garantizar a la persona menor una atención alimentaria que puede consistir en el amamantamiento biológico, o proveerle de alimentación a través de otros medios (bien por la condición de no ser hija o hijo biológico, o por una decisión libre de la madre biológica) y también realizar funciones de cuidado.

La persona trabajadora podrá acogerse a este permiso cuando concluyan los permisos de maternidad o paternidad (por lo menos en su periodo establecido como obligatorio). Y a pesar de que la lactancia natural continúe más allá de los 9 meses, el permiso se extingue en este momento, salvo mejora establecida por convenio colectivo aplicable.

El reconocimiento de las modalidades de disfrute de este permiso en la actualidad:

En primer lugar, *el derecho a ausentarse*. El propio artículo especifica que “*los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones*”. La ausencia del trabajo implica necesariamente la incorporación previa al puesto de trabajo, el inicio de la actividad, la suspensión del trabajo durante el tiempo previsto para la lactancia (una hora o la fracción previamente determinada) y el regreso al centro de trabajo una vez finalizada la misma (García, 2012). La hora de ausencia puede ejercerse como tal continuada o fraccionarse en dos espacios de tiempo (la elección queda en manos de quien ejerza el derecho), pero esta última opción exige las mismas características que la primera, es decir, incorporación al puesto de trabajo, inicio de la actividad, suspensión y regreso doblemente. De otro

modo, si no se requiriera la reincorporación, nos encontraríamos ante una reducción de jornada.

En segundo lugar, *el derecho a reducción de jornada*. La persona trabajadora puede elegir sustituir la hora de ausencia por una reducción de jornada de media hora. En este caso, la persona puede optar entre incorporarse más tarde, o abandonarlo antes.

Y, en tercer lugar, *el derecho a acumulación en jornadas completas*. Quien ejerza este derecho, por su voluntad, puede acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la NC o en el acuerdo al que llegue con la persona empresaria y se respeta, en su caso, lo establecido en aquélla. Por lo tanto, cuando se da la opción de acumularlo en jornadas completas, la persona trabajadora no tiene la libre facultad de elección porque esta opción debe estar regulada por Convenio Colectivo¹⁰ o se limita a un posible acuerdo individual con la persona empleadora. Esto significa que, aunque exista un reconocimiento legal, el CC o el acuerdo con la persona empresaria deben determinar la forma, la duración y los requisitos para ejercitarlo. Cuando la legislación deja la opción de regular estas medidas a la propia empresa corremos un riesgo: que sea un acuerdo unilateral o impuesto por parte de la persona empresaria, o que directamente no se quiera reconocer este derecho y haya que acudir a los tribunales.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiple, ya que el cuidado a la atención alimentaria simultánea requiere mayor disponibilidad. Aunque este último aspecto sea un gran avance, también es cierto que las tres modalidades previstas para ejercitar el derecho no permiten o no son suficientes para el fin de la lactancia natural ni artificial en casos en los que la trabajadora o el trabajador vivan, por ejemplo, lejos del centro de trabajo donde llevan a

10 En adelante, CC.

cabo su actividad laboral. Desde luego, las opciones que el art. 37.4 del ET establece para ejercer este permiso no dan lugar a que la lactancia materna pueda continuar y tampoco contribuyen a realizar la función de cuidado que también debe abarcar el artículo analizado.

Es la propia persona trabajadora la que puede elegir entre la ausencia y la reducción de jornada, y a tenor del artículo 37.6 del ET, también determinar el momento de su jornada en la que se ausentará o tendrá lugar la reducción de la jornada. Pero existe una novedad, y es que este precepto, tras la reforma laboral de 2012, llama a los CC para que establezcan criterios para la concreción horaria en el ejercicio de este derecho (Montoya, 2013). Los únicos límites impuestos a esta libre elección son, por un lado, el de la buena fe contractual, que puede llevar a valorar determinadas actuaciones como abusivas, por ejemplo, el cambio reiterado o injustificado, y únicamente se debe considerar admisible en caso de que concurran razones excepcionales (García, 2012), y, por otro, su deber de preavisar, salvo fuerza mayor, al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, es decir, es menester precisar la fecha en la que iniciará y finalizará el permiso de lactancia¹¹.

En cuanto a la titularidad del derecho, el artículo 37.4 del ET dispone que sea un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Hasta aquí la lectura es novedosa, ya que antes de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la norma situaba a las trabajadoras como titulares originarias del derecho, aunque reconoce también la facultad del disfrute por parte del padre. Pues bien, la nueva redacción parece que tiene como objetivo establecer este permiso como un

11 A tenor del artículo 37.6 del ET.

derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres¹², aunque existen requerimientos legales que lo entorpecen. Así pues, este permiso sólo puede ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen, por lo tanto, no se puede decir que sea realmente un derecho individual. Hay que diferenciar el significado de los términos “individual” e “indistinto” o “neutro” porque, según la redacción actual del artículo, únicamente nace un derecho, por y para ambos progenitores. Por consiguiente, lo que queda claro es que actualmente el permiso de lactancia está desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y, aunque lógicamente abarca también la alimentación de la criatura, esta atención está incluida y es una manifestación del cuidado de la persona menor, una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad¹³. En esta labor, tanto madres como padres pueden implicarse de forma equitativa, independientemente del régimen laboral que se les aplique.

Por otro lado, a pesar de que el artículo 37.4 del ET no dispone nada acerca de la retribución de este permiso debe entenderse que este período computa como tiempo de trabajo efectivo y también que tiene carácter retribuido. Y entendemos que ello es así porque cuando las personas legisladoras han querido la disminución proporcional del salario, lo han dispuesto expresamente (así como lo hacen en los artículos 37.4 bis, 37.5 y 37.3 del propio ET) (García, 2012). Además, el Convenio 103 de la OIT (Convenio sobre la protección de la maternidad, *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de agosto de 1966, nº 208. Ratificado por España el 20 de agosto de 1965) declara en su artículo 5 que las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como

12 Como exponemos a continuación son opciones contrapuestas, es decir, sólo puede hacer uso de este permiso uno de los progenitores. La “o” como conjunción disyuntiva denota exclusión entre las dos personas progenitoras.

13 Nuevo concepto que se recoge en: Rodríguez, I (2010). “El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010”. *Actualidad Laboral*. 2010, nº 22, pp. 2654-2660.

tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 2009 (RJ/2010/2), donde resuelve que el permiso de lactancia es retribuido y que la persona trabajadora tiene derecho a percibir el salario íntegro, lo que incluye la percepción de aquellos conceptos salariales que tenga la condición de variables por estar vinculado al cumplimiento de objetivos (Trillo, 2013). Ello, no obstante, si se considera que somos las mujeres las que, generalmente, hacemos uso de este permiso por un lado, y por otro, que la retribución empresarial del mismo queda a cargo de la persona empleadora, puede que perpetuemos también el hecho de que la persona empleadora se niegue a contratar a mujeres si acoge la regla del coste-beneficio de la empresa. Ante esta cuestión habría que plantearse la viabilidad de llevar a cabo un cambio en cuanto a la retribución del permiso de lactancia, y que éste fuera soportado por el Sistema Nacional de Seguridad Social, tal y como lo son el de maternidad y paternidad, teniendo en cuenta, además, que su principal objetivo es el mismo: el cuidado del recién nacido¹⁴.

5. La influencia de las últimas reformas laborales españolas sobre el permiso de lactancia

La NC ha sido considerada como un instrumento de suma importancia en la materialización de la igualdad de hombres y mujeres en las relaciones laborales (Rodríguez-Rico, 2012); sin embargo, tras las últimas reformas laborales y el impulso del concepto de flexibilidad empresarial, es evidente su debilitamiento. Mientras que para la persona trabajadora, la flexibilidad

14 Disponer que el artículo 38.1 c) de la Ley General de Seguridad Social ampliara su acción protectora al permiso de lactancia.

conlleva medidas para facilitar la conciliación de la vida laboral y la personal y familiar (medidas entre las que se encuentra el permiso de lactancia), para la persona empleadora, la flexibilidad supone tener el poder de adaptar la forma de utilizar a sus trabajadores a las necesidades que tenga su empresa en cada momento y en función del mercado.

El Real Decreto-Ley 7/2011 de 10 de junio de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (Boletín Oficial del Estado nº 139) entendía que la estructura de la NC dificultaba, en gran medida, que la empresa pudiera adoptar medidas de flexibilidad interna¹⁵ y consecuentemente la contingencia de que las condiciones de trabajo se amoldaran a la situación económica y productiva de la propia empresa. El Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral intensifica la flexibilidad empresarial. Entre las medidas que se llevan a cabo, destacamos la rebaja de costes de extinción, por la que se abarata el despido; la ampliación de las posibilidades de despido; el aumento de poder de la persona empresaria sobre las condiciones de trabajo puesto que da lugar a distribuir el 10% de la jornada de trabajo a lo largo del año de manera irregular; la eliminación de las categorías profesionales como instrumento de referencia para establecer el contenido de la prestación laboral; la priorización del CC de empresa y la limitación a un año de la ultra actividad de los CC.

Estas modificaciones no hacen más que debilitar la posición de la persona trabajadora en cuanto al ejercicio de sus derechos porque implica, en muchas ocasiones, a propósito del nuevo artículo 86.3 del ET¹⁶ la necesidad

15 Así se establece en las propias disposiciones generales del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

16 El artículo 86.3 del ET, dicta que la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieran establecido en el propio convenio. Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado uno nuevo o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

de negociar nuestros derechos desde cero y de arrinconar lo conseguido hasta el momento. Esta mayor flexibilidad, siempre empresarial, por la que tanto la UE como España se han decantado, acarrea, desde nuestro punto de vista, un modelo de reducción de derechos de las personas trabajadoras¹⁷. Frente a esta situación de descentralización de derechos, existen cada vez más dificultades para ejercer derechos relacionados con la maternidad, paternidad y conciliación, y se extiende el temor de las repercusiones que éstos puedan tener en sus respectivas condiciones de trabajo en la empresa. Estamos asistiendo a un retroceso en este sentido. La descentralización de derechos no tiene precedentes en el Derecho del Trabajo y lo desnaturaliza y hace desaparecer su fin esencial, es decir, la tuitividad o protección de la persona trabajadora¹⁸. Es menester recordar, en el concreto caso que nos ocupa, que el artículo 37.4 prevé, en lo relacionado con el permiso de lactancia, que *quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla*. Entendemos que, dado el actual debilitamiento de la negociación colectiva, dejar esta modalidad de disfrute del permiso de lactancia al arbitrio empresarial, no va a ayudar, desde luego, al pleno ejercicio de los derechos de conciliación. Creemos que éste no es el camino para potenciar la participación en estos permisos a mujeres y hombres en igualdad, pues sólo aumentará las desigualdades y discriminaciones laborales

La reforma laboral ha replanteado algunos derechos relacionados con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Concretamente, son cuatro

17 En la actualidad, el término flexibilidad se usa para suavizar la opresión que ejerce el capitalismo. Sennett, R (2010). *La corrosión del carácter*. Barcelona: Ed. Anagrama, tomado de Quintana, J. (2012). ¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación? *Lan Harremanak*. (26), p. 133.

18 Partimos de una situación desigual en cuestión de intereses, entre las personas trabajadoras y las empleadoras, que ha de compensarse con una legislación protectora en favor del primer colectivo.

los derechos a los que ha afectado: el derecho al permiso por lactancia (art. 37.4 del ET), el derecho de reducción de jornada por guarda legal de menor de 8 años, discapacitado o cuidado directo de un familiar (art. 37.5 del ET), el derecho de concreción horaria y determinación del periodo de disfrute de los anteriores derechos (art.37.6 del ET), y las vacaciones (art. 38 del ET).

En el permiso de lactancia, la reforma laboral modifica, como hemos visto, la titularidad del mismo, por un lado, y por el otro, reconoce la potestad de su ejercicio en los supuestos de nacimiento, adopción y acogimiento y cuando cualquiera de éstos sea de carácter múltiple. Es verdad que la reforma avanza en lo referente a la titularidad del derecho pero todavía existen aspectos sobre los que la regulación actual es incompleta. Hoy en día, como se ha explicado con anterioridad, el permiso debería ser verdaderamente individual y no sólo de titularidad neutra. También se ha de incentivar la utilización masculina de estos derechos para evitar los efectos *boomerang* en contra de las mujeres. Una de las opciones sería dotarlo de obligatoriedad a fin de conseguir una verdadera corresponsabilidad. Parte de la doctrina laboralista española ha defendido que si el permiso de paternidad fuera reconocido con carácter obligatorio y de forma paralela a las 6 semanas posteriores al parto, como lo es para la madre, contribuiríamos al cambio que la sociedad necesita. En este sentido, nosotras también abogamos por extender la obligatoriedad al permiso de lactancia para conseguir que los hombres se acojan al él y que su ejercicio no sirva como elemento de discriminación hacia las mujeres.

Cierto es también que el sexo femenino tiene una condición biológica única en cuanto a la gestación y, por lo tanto, cabe que el permiso de maternidad sea neutro siempre y cuando la mujer mantenga un tratamiento específico derivado de su condición gestante y sus consecuencias. En este caso, caer en el igualitarismo sería injustificable, pero no es la situación del permiso de lactancia. El enfoque desde el que debería tratarse este permiso es el de la conciliación y la corresponsabilidad para lograr acabar con la desigualdad discriminatoria. Esto obligaría a no perpetuar los roles tradicionales.

En resumen, entendemos que la reforma del mercado de trabajo efectuada en el año 2012 no ha conseguido, mediante la neutralización del permiso de lactancia, ni mayor corresponsabilidad ni seguridad jurídica. Quizá esta reforma se ha limitado a incorporar criterios actuales surgidos en el panorama europeo, y no a favorecer la atención a las necesidades de conciliación. Entendemos que nuevamente se ha perdido la oportunidad de darle un nuevo sentido a este derecho para contribuir a una mejor atención de las necesidades conciliatorias. En todo caso, nunca es tarde, y seguimos a la espera de un cambio legislativo cuyo verdadero objetivo sea no contraponer trabajo remunerado y familia.

6. La titularidad del permiso de lactancia en la jurisprudencia

La evolución interpretativa de los tribunales ha sido la clave de las sucesivas modificaciones en la configuración del permiso de lactancia. Por ello, resulta oportuno abordar el cambio jurisprudencial que se ha dado en lo concerniente a la titularidad del permiso.

En un primer momento, la Jurisprudencia establecía que el derecho reconocido en el artículo 37.4 ET se otorgaba única y exclusivamente a la mujer trabajadora, sin que éste, mediante una interpretación extensiva, se pudiera extrapolar al varón. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 13 de diciembre de 1984 (RTCT 1984\9644), indicaba que no se incurría en discriminación alguna por razón de sexo pues el derecho era derivado del hecho de la maternidad, del cual la mujer era única e indiscutida protagonista. También incidía en que la norma tenía por objeto hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado del menor recién nacido, y no mencionar al padre no vulneraba el derecho a la igualdad en las condiciones de

trabajo en relación con la mujer ni, por lo tanto, había de considerarse como discriminatorio por razón del sexo (Tribunal Constitucional, sentencia de 25 de marzo de 1993. RTC\1993\109.). Es decir, el disfrute del permiso de lactancia requería como condición indispensable la actividad laboral por cuenta ajena de la madre. La sentencia dictada en el asunto Roca Álvarez (Tribunal Superior de Justicia Europeo, sentencia de 30 de septiembre de 2010. TJCE 2010\280) supuso un punto de inflexión en esta reflexión. Esta sentencia establece que el permiso de lactancia regulado en el artículo 37.4 del ET se opone a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo. Establece también el TSJE que en el ordenamiento jurídico español la cualidad de ser progenitor no es suficiente para que los hombres trabajadores por cuenta ajena disfruten del permiso de lactancia. De esta forma, rompe con la línea que el TC había atribuido para defender la titularidad exclusiva de la madre, pues considera discriminatoria la regulación estatal del permiso de lactancia que establecía la titularidad preferentemente femenina, ya que ésta tenía como efecto perpetuar un reparto tradicional de roles entre mujeres y hombres, potenciar la feminización del cuidado, es decir, deja sin eficacia aquellos argumentos que defienden que dicho permiso pretendía conceder una protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y, después del mismo, para compensar las desventajas reales que soportan, tras ser madres, para conservar su empleo. El permiso de lactancia no tiene como objeto favorecer a las mujeres en el mercado laboral a la hora de ejercer y fomentar su carrera profesional y no puede considerarse una medida de discriminación positiva. En resumen, discrepamos entorno a que el permiso de lactancia sea una medida de discriminación positiva porque, por limitar al padre el ejercicio del derecho, obliga a la madre a limitar su actividad profesional y hacerse cargo ella sola de la situación de cuidado.

Por otro lado, han surgido problemas sobre la cuestión del disfrute del permiso por parte del padre cuando la madre trabajadora se encuentra en

situación de excedencia por cuidado de hijas e hijos. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, en sentencia de 12 de julio de 2012 (AS\2012\1885) entendió que la excedencia de una persona trabajadora por cuidado de hijas o hijos suponía que su contrato de trabajo quedaba suspendido, pues tanto la persona trabajadora, como la empleadora, ceden en sus obligaciones recíprocas y, consecuentemente, no permite que el padre ejercite el permiso de lactancia si su mujer se encuentra en situación de excedencia, por lo tanto, los declara incompatibles. Si entendemos que el permiso de lactancia es un derecho individual, o al menos neutro, a tenor de la redacción actual, del artículo 37.4 del ET, no debe existir objeción alguna para que el padre ejerza su derecho de lactancia cuando su mujer se encuentra en excedencia.

También la redacción del precepto referente a que “sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores cuando ambos trabajen” sigue siendo un obstáculo para el pleno ejercicio del derecho de la lactancia. Recientemente, la Audiencia Nacional (sentencia nº 76/2012. Diario de Noticias La Ley Boletín nº 80742 de mayo de 2013) ha estimado la facultad de compartir el permiso de lactancia entre los dos progenitores, pero delimitando éstos lo ejerzan simultáneamente. De esta forma, ha permitido a un hombre funcionario compartir el permiso de lactancia con su mujer, también funcionaria, pero no ha concedido que ambos lo disfruten al mismo tiempo. Según la Audiencia Nacional, el permiso de lactancia es un derecho que no es exclusivo de la madre, sino que el derecho corresponde como titulares indistintos a ambos progenitores.

6. A modo de conclusión

En la actualidad el permiso de lactancia no cumple la función para la que históricamente se creó, la lactancia, ni en su vertiente de lactancia natural

ni en la de lactancia artificial. Es, básicamente, un permiso de cuidado, y es difícil entender su finalidad si no se elimina una reminiscencia histórica: su propia denominación. La jurisprudencia, lentamente y a rebufo de la sociedad empieza a asentar un cambio de percepción del mismo, del objetivo que persigue y de su titularidad. Y también, a remolque de lo que la sociedad demanda, se van produciendo paulatinos cambios legislativos.

A pesar de que el permiso de lactancia como los restantes de su naturaleza conciliatoria se han ido reconociendo formalmente como derechos individuales, de titularidad neutra, la verdadera individualidad está aún lejos de llegar. En este reto, es fundamental, desde nuestro punto de vista, la consideración del factor de obligatoriedad para ambos progenitores. Y ello porque nuestra sociedad no está preparada para asumir, con parámetros igualitarios y corresponsables, la titularidad indistinta del permiso, y hay que partir de la realidad de que, hoy en día, son mayoritariamente las mujeres las que siguen acogándose a los mismos e impulsan el reparto desigual de responsabilidades familiares.

Hay que consolidar en la legislación española un sistema de permisos conciliatorios y corresponsables que impliquen que la atención y el cuidado entre progenitores sean equitativos. Pues, sólo de esta manera conseguiremos articular la tan necesitada nueva cultura del cuidado. Para ello, sería necesario en primer lugar reestructurar la base de estas medidas desde un ángulo que elimine las desigualdades entre mujeres y hombres. Se necesita una base sólida para empezar a construir un nuevo sistema de medidas de conciliación y corresponsabilidad, sin ningún tipo de lacra cultural. Desde este punto de vista, entendemos que los permisos obligatorios e intransferibles dan lugar a una nueva cultura del cuidado, desde una perspectiva de igual acceso, participación, empleabilidad y corresponsabilidad. Sólo mediante ésta conseguiremos arraigar el principio de igualdad en el sistema laboral y, por consiguiente, también en la sociedad.

Referencias

- Aguilera, R. & Gil, J. (2010). *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*. Pamplona: Ed. Thomson Aranzadi.
- Albiol, I. (2001). *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la ley 39/1999*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Ballester, M. (2012). La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria. *Lan Harremanak*, (25), 55.
- Cabeza, J. & Fernández, B (Coord). A. (2011). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Cámara, A. (2012). Medidas de conciliación de la vida personal y familiar con la laboral. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo*, (100) ,103-126.
- De María, M. (2011). La primera legislación sobre el trabajo de la mujer en España. *Revista Española del Trabajo*, 1, 187-207.
- Espuny, M. (2006). Los antecedentes históricos al permiso de lactancia. *Lus Labor*, (2), 1-4.
- García, A. (2012). *Ordenación del tiempo de trabajo, igualdad y corresponsabilidad en las Administraciones Autonómicas*. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias.
- Garrigues, A.; Núñez, P. & Velasco, T. (2008). *Igualdad y conciliación de vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Instituto de la Mujer. (2012). "Mujeres en cifras. Boletín estadístico". Recuperado de <www.inmujer.gob.es>
- Lousada, F. (2011). La individualización de los derechos de conciliación. Una asignatura pendiente. *Themis Revista Jurídica de Igualdad de Género*, (9), 5-10.
- Martínez, U. (1995). *Mujer, trabajo y domicilio*. Barcelona: Ed. Icaria.
- Montoya, D. (2013). Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos*, (361), 129-150.
- Palomeque, M. & Álvarez, M. (2008). *Derecho del trabajo*. Madrid: Ed. Ramón Areces.
- Quintana, J. (2012). ¿Flexibilidad laboral, flexiseguridad o flexplotación? *Lan Harremanak*, (26), 131-159.
- Rodríguez, I. (2010). El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010. *Actualidad Laboral*, (22), 2654-2660.
- Rodríguez-Rico, V. (2012). Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género. *Aranzadi Social Doctrinal*, (7), 269-273.
- Rodríguez, S. (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Royo, R. (2011). *Maternidad, paternidad y conciliación en la CAE ¿Es el trabajo familiar un trabajo de mujeres?* Bilbao: Ed. Universidad de Deusto.
- Tomás & Valiente, F. (2005). *Manual de historia del derecho español*. Madrid: Ed. Tecnos.

De la conciliación a la corresponsabilidad en la regulación española del permiso de lactancia. Realidad o utopía

Trillo, A. (2013). El permiso de lactancia. La posibilidad de que dicho permiso pueda ser disfrutado por el padre cuando la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por excedencia por cuidado de hijos. *Aranzadi Social Doctrina*, (9), 263-269.