

Acumulación del permiso de lactancia. Delimitación del parámetro de cálculo

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

En una sentencia dictada únicamente por magistradas del Tribunal Supremo (las cinco que forman parte de la Sala de lo Social) se interpreta que la acumulación del permiso de lactancia puede hacerse utilizando el parámetro de una hora de ausencia al día y no el de la media hora de reducción de jornada. Las circunstancias del caso concreto, la disponibilidad de la acumulación en el Convenio Colectivo y la ausencia de regulación sobre cuál es el parámetro que rige para materializar la acumulación permiten tal interpretación.

1. El Estatuto de los Trabajadores (LET) dispone, en su artículo 37.4, que los trabajadores puedan disfrutar de un permiso para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses. En tal caso, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. Quien ejerza este derecho, por su voluntad podrá sustituirlo por reducir su jornada media hora con la misma finalidad o acumular ese tiempo 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 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.

Existen Convenios Colectivos que permiten tal acumulación, si bien no se pronuncian sobre sus términos. Ésta es precisamente la controversia resuelta por la sentencia dictada por todas

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

las magistradas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que recoge que la acumulación puede extenderse —en ausencia de pacto— a las «horas» de ausencia y no circunscribirse exclusivamente a la acumulación de la «media hora» de reducción de jornada (STS de 19 de abril del 2018, Ar. 126997).

Precisamente, en el supuesto controvertido, el Convenio Colectivo de la empresa dispone que los trabajadores tienen derecho a «una hora diaria de ausencia, dividida en dos fracciones de media hora o reducción de la jornada diaria en media hora. Posibilidad de disfrute acumulado». En atención a éste, la demanda sindical interesa que se declare el derecho de los trabajadores a optar por la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas, con referencia a cada hora diaria de ausencia al trabajo y no la media hora de reducción en la jornada, debiendo computar la empresa por cada jornada completa sesenta minutos de ausencia, y no treinta minutos de reducción como hace, y todo ello con base en el principio *pro operario*. A ello se opone la empresa alegando que, al no especificar el régimen de la acumulación el Convenio Colectivo, deberá acudirse a la costumbre empresarial que opta, en caso de ausencia de cualquier otra decisión, por la aplicación de la media hora de reducción de la jornada.

La sentencia de instancia estima la demanda indicando que la posibilidad de disfrute a la que se refiere la norma colectiva se debe interpretar como el derecho de opción por cualquiera de las alternativas en las que puede ser disfrutado dicho permiso, debiendo computar la empresa por cada jornada sesenta minutos y no treinta. También en suplicación se mantiene dicha tesis, pues, en aras del principio *pro operario*, no existe razón alguna para acudir a una interpretación restrictiva como pretende la empresa. Por su parte, en casación se atiende a la necesidad de unificar doctrina toda vez que las sentencias de contraste solicitan ambas la acumulación del permiso de lactancia a razón de una hora de trabajo, concediéndola en un caso y denegándola en otro, que, si bien admite la acumulación, utiliza como criterio la media hora de reducción de jornada y no la hora de ausencia.

2. La cuestión controvertida deriva de lo dispuesto en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores. La empresa entiende que dicho precepto remite a la negociación colectiva para determinar los términos de la acumulación del permiso de lactancia, por lo que, a falta de previsión convencional al respecto, en caso de que se acumule el permiso por jornadas completas, el legislador ha querido vincular dicha acumulación a la media hora de reducción de jornada. En caso de duda, deberá acudirse a la costumbre, que es fuente del derecho laboral; y, en este caso, la práctica habitual de la empresa es la de acumular el permiso a razón de media hora al día.

Pese a las distintas reformas operadas sobre el mencionado precepto, el principal punto de referencia es el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre protección de la maternidad, el cual, desde 1952 y con modificaciones posteriores, principalmente en el año 2000, señala en su artículo 10 como «1. La mujer tiene derecho a una o varias

interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo. 2. El periodo en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia». Éste es el marco en el que opera el citado artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores.

En este contexto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo interpreta que los términos en los que se desarrolla el Convenio Colectivo controvertido no resultan confusos, ya que disponen el derecho de los trabajadores a disfrutar, o de una hora diaria de ausencia dividida en dos fracciones de media hora, o de la reducción de la jornada diaria en media hora con posibilidad de disfrute acumulado. En este sentido, los negociadores del Convenio han querido introducir la opción de disfrutar ese derecho de forma acumulada. De hecho, la empresa recurrente no niega dicha posibilidad, sino que, dentro de una interpretación de lo prescrito por el Convenio Colectivo, discrepa de la forma en que debe articularse esa acumulación, considerando, por un lado, que con esos términos convencionales lo que se está queriendo establecer es que la acumulación sólo se puede activar cuando se alcance un acuerdo con el trabajador y, en todo caso y ante la duda, que se acuda a la práctica empresarial de obtener la acumulación en atención a la media hora de reducción al día.

Sin embargo, la Sala de lo Social considera, en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril del 2018, Ar. 126997, que la posibilidad de disfrute acumulado que se recoge en el Convenio Colectivo no puede entenderse como un derecho que queda al acuerdo de las partes porque no es ése el contenido de la norma convencional que, «de entender que la acumulación del permiso debería producirse por acuerdo entre las partes, así tendría que haberlo expresado[,] máxime cuando ya se contempla tal previsión en el propio artículo 37.4» del Estatuto de los Trabajadores (ET). Cosa distinta es la fijación de los términos de dicha acumulación y si debe tenerse como referencia la hora de ausencia o la media hora de reducción de jornada cuando nada señala al respecto el Convenio Colectivo aplicable. Y, sobre este punto, la Sala interpreta asimismo que «no puede dejarse a la práctica empresarial cuando el propio artículo 37.4 del ET lo somete al acuerdo de voluntades y no a la decisión unilateral del empresario[,] que es lo que, en definitiva, pretende la parte recurrente por medio de una consideración de ésta como costumbre y menos cuando ésta no respeta los derechos reconocidos en la norma legal. Del mismo modo que tampoco podría entenderse que la voluntad del trabajador, a pesar de ser el titular del derecho, pueda definir los términos del derecho, en ausencia de especificación en la norma colectiva, porque tampoco es lo que se indica en el artículo 37.4 ET, a diferencia, por ejemplo, de lo que se establece en el artículo 37.8 del ET. Esto es, que ni la práctica de empresa ni la voluntad unilateral del trabajador puede, aisladamente, configurar el derecho de acumulación» (FJ 4). A tal efecto, se rechaza como criterio determinante el recurrir a la costumbre por entender que sólo cabe en defecto de disposición legal, convencional o contractual, algo que no sucede en este supuesto, al que resulta de aplicación la

disposición legal que permite acumular en jornadas completas el permiso de lactancia de los trabajadores.

3. Que la acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción de jornada constituye una conclusión, razonada por el Tribunal Supremo en virtud de diferentes argumentos. En primer lugar, porque estima que la interpretación de los Convenios Colectivos es, en principio, facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer sobre el de la parte recurrente, salvo que el alcanzado por el órgano judicial lo haya sido con notoria infracción de alguna de las normas que regulan la interpretación de los contratos y normas jurídicas o carezca de un juicio de razonabilidad (STS de 31 de octubre del 2017, Ar. 5018).

En segundo lugar, porque la Comisión Paritaria del Convenio ha tenido conocimiento de esta cuestión, pero no ha elaborado una interpretación al respecto. Es más, la voluntad de los negociadores del Convenio Colectivo no parece que sea la que se pretende en el recurso cuando resulta que el parámetro que ha seguido el posterior Convenio Colectivo es precisamente el que aquí recurre la empresa, posiblemente ante las discrepancias puestas de manifiesto en este conflicto judicial. De hecho, en el vigente Convenio de la empresa —el sucesor del ahora impugnado—, se indica que «[e]n caso de disfrute acumulado el cómputo se realizará a razón de una hora por día laborable». Y, aun cuando por razones temporales las normas posteriores no pueden ser aplicadas, cumplen una «evidente función orientadora» para el tribunal (SSTS de 6 de julio del 2016, Ar. 3949; de 29 de marzo del 2017, Ar. 1807, y de 12 de diciembre del 2017, Ar. 6009).

Por otra parte, y en tercer lugar, desde el alcance que debe darse a la regulación del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores y ante la ausencia de especificación al respecto en el Convenio Colectivo en cuestión, la Sala entiende que se llegaría a idéntica conclusión: «Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión “acumularlo”, en clara referencia al derecho y no dice “acumularla” en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional» (FJ 4).

4. La sentencia analizada ha de ser valorada como una sentencia pionera por dos razones: por quienes la dictan y por lo que decide. Bien es cierto que la remisión del precepto legal a la negociación colectiva obliga a que sea esta última la que precise los términos de la acumulación de este permiso, pero, en ausencia de dicha concreción convencional y salvo expresión en contrario, esta sentencia constituye un precedente en la materia.