

M.^a PILAR RIVAS VALLEJO

*Becaria de Investigación de la Universidad de Barcelona,
Departamento de Derecho Mercantil y Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*

1.^{er} Premio Estudios Financieros 1997.

Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Extracto:

«**L**os permisos retribuidos por causa de maternidad» pretende reflejar la reciente evolución jurídica del Derecho social en torno a la tutela del menor y de la maternidad, tanto en el campo positivo como en el ámbito judicial, en el que parece detectarse asimismo una tendencia proteccionista de los intereses del menor, que se erige en objeto fundamental y principio inspirador de la interpretación de las disposiciones relativas a la compatibilización de las cargas familiares y el trabajo. Se aborda en este estudio el análisis de la finalidad, titularidad y régimen de ejercicio de dos permisos, contemplados y regulados respectivamente en los números 3 apartado f) y 4 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar, el *permiso prenatal* (de nueva introducción en nuestro Derecho, operada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*), destinado a una doble finalidad, relacionada con la salud de la madre y del feto: la realización de ejercicios de preparación al parto y el sometimiento a exámenes prenatales. Y, en segundo lugar, el tradicional *permiso por lactancia*, cuyo objeto es permitir a los padres atender a las necesidades alimentarias del recién nacido, hasta que éste alcance la edad de nueve meses.

Sumario:

Introducción.

- Delimitación del objeto de estudio.
- El permiso en la ley laboral.
- Los permisos por causa de maternidad.

I. El permiso por lactancia.

1. La finalidad del precepto: atender a la lactancia de un menor de nueve meses.
2. El titular del derecho.
 - 2.1. «Las trabajadoras», titulares principales del derecho.
 - 2.2. Disfrute indistinto del permiso por la madre o el padre.
3. El sujeto protegido: el hijo menor de nueve meses.
 - 1.º La relación de parentesco entre el sujeto protegido y el sujeto beneficiario del derecho: el hijo.
 - 2.º La edad del lactante: «menor de nueve meses».
4. El carácter del derecho otorgado por el artículo 37.4.

5. El derecho reconocido: la hora de ausencia del trabajo.
6. Posible división de la hora de permiso en dos fracciones.
7. Sustitución de la ausencia por una reducción de jornada en media hora.
8. Posible acumulación de derechos.
9. La retribución del permiso.
10. Incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la jornada de trabajo, con especial referencia a la reducción de jornada por lactancia.
11. Tratamiento del permiso por lactancia en la reciente negociación colectiva.

II. El permiso prenatal.

INTRODUCCIÓN

• *Delimitación del objeto de estudio*

El presente trabajo se inscribe en una línea marcada por la reciente legislación, tanto del orden civil como, por reflejo de la misma, en el ámbito del Derecho social, de tutela del menor y de la maternidad, inspiradores de numerosas iniciativas legislativas, tanto de ámbito estatal como autonómico, fundadas en la consecución de un fin teleológico principal: recuperar la caída de la tasa de natalidad en nuestro país (que no escapa a una tendencia generalizada en todo el mundo occidental), y en otros objetivos no menos dignos de atención social y legislativa: amparar jurídicamente al menor en su indefensión física, y garantizar la plena integración laboral de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre. De ellos, la tutela del bienestar del menor, como bien jurídico protegido, se erige en objeto fundamental y principio inspirador de la interpretación que deba darse a las normas que van a ser examinadas: las relativas a los permisos prenatal y de lactancia, contemplados y regulados respectivamente en los números 3 apartado f) y 4 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Prescindiremos por tales razones del estudio del permiso regulado en el número 3 b) del mismo precepto, por nacimiento de hijo, ya que éste se dirige a la tutela de otro derecho, conectado a otro sujeto de derechos: la persona del padre («el padre trabajador»).

• *El permiso en la ley laboral*

Se entiende por permiso, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la «licencia o consentimiento para hacer o decir una cosa» y por licencia la «facultad o permiso para hacer una cosa», lo cual, trasladado al Derecho del Trabajo, debe entenderse como permiso de una de las partes para hacer algo, o para no hacerlo. Ello nos demuestra que en este ámbito se entiende equivalente a interrupción de la jornada de trabajo, es decir, como momento en el que se pone fin de manera temporal a la jornada de trabajo, y que se prolonga por un espacio temporal equivalente al de la tardanza en la reincorporación al puesto de trabajo (1).

(1) Giovanni LAVAGNINI (*La sospensione del rapporto di lavoro*. Feltrinelli, 1961, pág. 83) la califica de «interrupción por motivos de carácter personal» (ya que tiene como presupuesto necesidades personales o familiares), evidenciando la propia denominación de la interrupción su brevedad, ya que, de hecho, normalmente quedan limitados a horas, a un día o, en fin, a pocos días.

Su finalidad es clara, fundándose en la naturaleza humana de la persona que presta el trabajo en régimen de dependencia y que carece de energía y fuerza suficiente para mantenerse en la realización de cualquier actividad por tiempo indefinido, sea ésta del tipo que sea (precisa, por el contrario, de descanso suficiente). Por lo demás, si tal actividad es el trabajo, y concretamente el trabajo prestado por cuenta ajena, en el que los frutos o beneficios del trabajo pertenecen a la titularidad de un tercero, siendo su función, además del desarrollo personal y crecimiento humano, el subvenir a las necesidades vitales de la persona (alimentación, vestido, alojamiento, etc.), no puede atribuírsele mayor importancia que la que tengan otras facetas del ser humano que también necesita cubrir y para las que necesita tiempo. Es así que, por todas las anteriores razones, debe imponerse la interrupción de la jornada de trabajo, al objeto de que el «prestador del trabajo» [en la terminología jurídica italiana (2)] se recupere del esfuerzo físico y psíquico realizado, atienda a sus necesidades primarias (descansar, alimentarse,...) y además a otras necesidades no menos importantes y también inherentes a su naturaleza humana: las actividades de ocio, que contribuyen asimismo a su desarrollo como persona. Todas estas necesidades, que podemos calificar de más genéricas o más inmediatas, y que se conectan directamente con la necesidad de descanso, se cubren a través de lo que la doctrina científica denomina «interrupciones periódicas de la prestación de trabajo».

Además de estas necesidades, cuya repetición habitual da lugar a la figura de las interrupciones periódicas en el Ordenamiento jurídico laboral, la complejidad del ser humano como parte integrante de la sociedad en la que vive da lugar a nuevas necesidades, generadas no ya por conductas individuales ligadas a la cobertura de necesidades también individuales, sino precisamente por su relación con la sociedad y con el Estado (personificación jurídica de aquélla). Necesidades que, al no producirse de forma repetida o habitual, sino de manera esporádica y aleatoria, frente a la fijeza de las anteriores, reciben la denominación de «interrupciones no periódicas». Y es precisamente éste -el de interrupción no periódica- la nota que define a los *permisos*, que se conciben, pues, como interrupción de la prestación de trabajo, con el exclusivo objeto de atender a una necesidad específica. En cuanto a cuál sea tal necesidad, habrá que estar a cada Ordenamiento jurídico, que se encargue de enumerar qué necesidades se entienden dignas de o de entidad suficiente para interrumpir la prestación de trabajo sin consecuencias negativas para el trabajador (conducta constitutiva de absentismo laboral, contraria a su deber de diligencia en el cumplimiento del contrato), y que está sujeto a la evolución de las costumbres sociales y el Derecho, en el que aquéllas tienen reflejo.

Para la cobertura de tales «exigencias» inherentes al ser humano, el Ordenamiento jurídico se alza en protección del trabajador, no sólo configurándolo como derecho impeditivo de conductas obstaculizadoras a su ejercicio por parte del empresario, basadas en el sinalagma de la relación contractual (art. 1.124 C.c.), sino dotándolo de mayores garantías que dificulten su ejercicio en la práctica: nos referimos a la retribución de los períodos en los que se produce la interrupción y cuya duración puede producir menoscabo económico en el trabajador.

(2) «Prestatore di lavoro».

Dicho carácter de signo garantista alcanza también en nuestro Derecho a los *permisos*, de forma que la realización de la actividad para la que se otorga la licencia para interrumpir la prestación de trabajo, por el tiempo que la ley considere preciso para coronar la finalidad a la que se destina, no implique la pérdida de la remuneración que se habría percibido de no haberse abandonado el puesto de trabajo. Derecho por lo demás ya consolidado en nuestro sistema jurídico, en el que se impide al empresario mayor intervención en su ejercicio que el mero control de su recta utilización por el trabajador.

De todo ello surgen las ya tradicionales definiciones de los *permisos laborales* y que elaboraron autores que son ya «clásicos» entre la doctrina científica iuslaboralista. Cabe citar aquí a dos fundamentales: por un lado, a RAYÓN SUÁREZ, autor de la obra capital en la materia (*Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*) (3) y por el otro de ALONSO GARCÍA (4).

El primero de ellos los define como «situación transitoria en que se encuentra el contrato de trabajo, en la que el trabajador, afectado por alguna de las causas previstas por el ordenamiento o por acuerdo de las partes, queda liberado de la obligación de realizar su prestación, manteniendo, sin embargo, el derecho a percibir la retribución», describiéndolos como interrupciones caracterizadas por la permanencia de la retribución, la tipificación de las causas que dan lugar a su concesión, la incidencia del hecho causante sobre la persona del trabajador, o sobre la esfera de su actuación, y la transitoriedad del supuesto, así como la eventualidad de su producción.

ALONSO GARCÍA por su parte los define como «ausencias (de carácter irregular) temporales y retribuidas del trabajo, reconocidas por la ley como un derecho del trabajador, cuando se da alguna de las causas determinantes de la misma y cuya duración se extiende al período de tiempo que, para cada caso, se encuentre fijado por la norma».

En nuestro Derecho tales ausencias tienen carácter retribuido, siendo su carácter el de verdadero derecho exigible por el trabajador al empresario, configurándose, pues, como ausencia remunerada o interrupción de una sola de las prestaciones objeto del contrato de trabajo: la de prestar el trabajo, pues se dispone la conservación de la otra -la de remunerarlo- (5), con cargo al empresario [pues de lo contrario no se trataría del mantenimiento de la obligación de retribución (6), sino de su

(3) Madrid, Ministerio de Trabajo, 1975.

(4) *Derecho del Trabajo*. Bosch, Barcelona, 1960.

(5) Entiende E. JIMÉNEZ ASENJO («Las interrupciones no periódicas por nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares», en *Tribuna Social*, núm. 65, monográfico sobre permisos laborales, 1996) que ésta es la solución más coherente con un Derecho tuitivo como es el del Trabajo, pues de lo contrario se alcanzarían resultados que estarían en contradicción incluso con valores éticos o morales. Puede decirse por ello que el Derecho del Trabajo se alza en estos casos como defensor de tales valores.

(6) Obligación que se deriva del deber general de protección hacia el trabajador (MONTROYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*. Tecnos, 1994).

sustitución por una prestación pública (7)], con la finalidad de otorgar también cobertura económica en tales circunstancias o, por mejor decir, evitar que su atención cause perjuicio económico al trabajador.

La regulación en nuestro Derecho de los permisos laborales se contenía inicialmente en el artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, pasando al artículo 67 de la Ley homónima de 1944, posteriormente al artículo 25.3 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de *Relaciones Laborales*, y finalmente al artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, hoy *Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, con las modificaciones introducidas por la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, de 10 de noviembre de 1995, que introdujo un nuevo permiso en su artículo 26.4.

El precepto actualmente regulador de los permisos -art. 37.3 TRET- los incluye en la rúbrica general de «descanso semanal, fiestas y permisos», es decir, en la categoría general de interrupciones de la prestación laboral, junto a las interrupciones periódicas, siendo los números tercero y cuarto los destinados a la regulación de los permisos. En efecto, el número tercero enumera hasta seis permisos (8), de los cuales dos tienen por finalidad la tutela de la *familia* [nacimiento de hijos y enfermedad grave o fallecimiento de parientes, en la letra b) y exámenes prenatales en la letra f), de reciente introducción], mientras que en el número 4 se añade, con tratamiento diferenciado, otro permiso con la misma finalidad: el permiso por lactancia de hijo menor de nueve meses. No obstante, la diferencia del bien jurídico tutelado en éste y en el caso anterior respecto del derecho que reconoce la letra b) del número 3 -la tutela del menor en el primer caso y el derecho del progenitor (el padre) de asistir al nacimiento de su hijo- nos hacen abandonar el análisis de aquél -el permiso por nacimiento de hijo- para dedicar nuestra atención al de los otros dos, en los que la concesión del derecho a los padres persigue la *atención y cuidado adecuado del menor*, objeto de este trabajo.

El número cinco del artículo 37 incluye entre sus previsiones un derecho -el de reducir la duración de la jornada para atender al cuidado directo de un menor o disminuido- que bien podría haberse ubicado en precepto distinto o específico incluso, por ser su contenido extraño al del permiso y relacionarse con la duración de la jornada.

El texto común a todos los permisos es el siguiente:

«El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración» (por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:).

(7) Otras soluciones posibles no adoptadas por nuestro legislador serían la recuperación del tiempo efectivo de la ausencia, medida sí prevista en numerosos convenios colectivos respecto de permisos adicionales a los regulados en las normas de origen legal (v.g., para la asistencia a consulta médica). En otras ocasiones se opta por la pura concesión sin derecho a remuneración.

(8) *Vid.* al respecto el número monográfico que dedica *Tribuna Social* a los permisos laborales (núm. 65, 1996), entre los que se dedican trabajos a los permisos de matrimonio y mudanza, nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares, cumplimiento de deber inexcusable de carácter público y personal y para la realización de funciones sindicales de representación del personal.

• *Los permisos por causa de maternidad*

La legislación laboral reconoce dos tipos de permisos retribuidos dirigidos a la tutela de la procreación, a la protección de la maternidad y la atención del menor, si bien en un caso la maternidad constituye el eje central de la norma, mientras que en el otro lo es directamente el hijo ya nacido y necesitado de especiales cuidados. Estamos haciendo referencia al permiso que podríamos denominar *prenatal* por un lado, y al permiso por *lactancia* por el otro, previstos respectivamente en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, cuya disposición adicional 11.ª introduce una nueva letra f) al número 3 del artículo 37, y en el número 4 del artículo 37 ET.

Se trata de permisos que tienen un mismo objeto genérico, pero que difieren tanto en lo que se refiere al bien jurídico directamente protegido, como al contenido del derecho, así como a la secuencia temporal en la que se sitúa su ejercicio y al titular del mismo. Sin perjuicio del análisis individualizado que de cada uno de ellos se realiza a continuación, debe hacerse, con carácter previo, una caracterización conjunta de ambos, que esquematizaremos de la siguiente manera:

- En cuanto a su *naturaleza jurídica*, ambos tutelan un bien genérico común: la *procreación*, siendo el bien jurídico protegido en un caso la función de la maternidad (pues consiste en facilitar el parto) y en el otro el cuidado -especialmente alimentario- del bebé, durante sus primeros nueve meses de vida.
- Es titular del derecho a la *ausencia prenatal* exclusivamente la «trabajadora embarazada» (el precepto es tajante al respecto); por el contrario, el permiso por lactancia puede ser disfrutado por la madre o el padre «indistintamente», aunque de manera condicionada: siempre que «ambos trabajen»; no obstante, la finalidad del precepto -atender a la alimentación del bebé, que puede ser artificial- no impide entender la titularidad indistinta sin condicionamiento alguno.
- Ambos derechos son ejercidos en una secuencia temporal, por cuanto el permiso *prenatal* será necesariamente anterior al parto, al que sucederá el permiso por lactancia (son continuos en el tiempo).
- *Su duración* es prácticamente la misma, pues en un caso se prolonga durante todo el embarazo (el precepto habla de «trabajadoras embarazadas») y en el otro hasta que el recién nacido cumpla nueve meses de edad.
- En cuanto al *contenido* del derecho, el artículo 37.4 ET regula exhaustivamente la duración que la ausencia haya de tener, mientras que el número 3, letra f) del mismo artículo es ambiguo en este terreno, ya que, frente al resto de las causas previstas en el mismo número, únicamente alude al «derecho a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración por *el tiempo indispensable*», sin cuantificarlo.

- La regulación del *ejercicio* del derecho queda, por el contrario, más diluida en el artículo 37.4, que no prevé el régimen de ejercicio del derecho, en tanto que el artículo 37.3 tiene buen cuidado en especificar los términos en los que deberá efectuarse la ausencia: «previo aviso y justificación» (9). No obstante, la reiteración de tal previsión resulta innecesaria, por cuanto se contiene ya en el número que abre la regulación de los permisos, teniendo en cuenta que el número 4 constituye concreción del número anterior respecto de un permiso en particular: el destinado a lactancia de menores de nueve meses.

La comparación de ambos permisos nos muestra un cierto equilibrio o compensación entre las regulaciones respectivas: lo que en uno está limitado, en el otro carece de trabas (v.g., la duración diaria de la ausencia, o su justificación y aviso previo al empresario). Quizá debiera realizarse una interpretación conjunta de ambos preceptos para colmar las lagunas o las dudas que su aplicación nos plantea, trasladando la cuantificación de la ausencia de uno a otro y el régimen de su ejercicio del otro al uno.

Examinemos cada uno de los permisos por separado, comenzando por el de más tradición en nuestro Derecho: el permiso por lactancia, reconocido en el artículo 37.4 ET.

I. EL PERMISO POR LACTANCIA

El Estatuto de los Trabajadores coloca la regulación del denominado permiso por lactancia en sede de permisos (art. 37 ET), calificándolo como tal (art. 37.4.2.º: «este *permiso*...»). No obstante, se le da un tratamiento diferenciado, siendo regulado en el número 4.º del artículo 37, mientras que el resto de los «permisos» aparece en el tercero. Ello no significa que su naturaleza sea diferente a la de éstos, pues el último inciso de dicho número (aunque introducido con posterioridad, por la Ley 3/1989) así nos lo recuerda («este *permiso*») y sus caracteres identificadores así lo demuestran.

En efecto, se trata de una ausencia breve, cuya esencia es la de producir una exoneración de una sola de las obligaciones del contrato de trabajo: la de prestar el trabajo -la correspondiente al trabajador-, manteniéndose intacta la de la otra parte de la relación: la de abonar la retribución mientras se produzca dicha exoneración, configurándose, pues, como un derecho (10) del trabajador. A su carácter retribuido, mencionado expresamente en el número 3 del artículo 37, no se hace alusión alguna en el número 4 del mismo artículo, lo cual no significa más que se obvia su reiteración, por haberse ya efectuado declaración general en el apartado anterior. Mención que, por otra parte, resul-

(9) El artículo 26.4 de la Ley 31/1995 dispone que el derecho se concede «previo aviso y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo». Se condiciona, pues, su concesión a la imposibilidad de realizar dichas actividades en otro horario distinto del de trabajo.

(10) Según la definición del Diccionario de la RALE (núm. 20), derecho es «exención, franquicia o privilegio», o «facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida» (núm. 13).

ta innecesaria, si tenemos en cuenta lo previsto en el artículo 5.2 del Convenio núm. 103 de la OIT, adoptado en la Conferencia de Ginebra de 28 de junio de 1952, *relativo a la protección de la maternidad* (11): «las interrupciones de trabajo, a los efectos de lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remuneradas como tales», así como el artículo 11 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia* (12), donde se establece expresamente la conservación de los derechos derivados del contrato de trabajo (13).

Tal derecho, que tiene por finalidad flexibilizar el deber de diligencia en el cumplimiento del contrato de trabajo de la parte deudora de la prestación de trabajo, impuesta por el artículo 1.104 del Código Civil, plasmada en el orden laboral en el artículo 5 ET y regulada por el artículo 20.2 del mismo texto. De tal modo que el rendimiento debido, en la jornada y con la intensidad pactada en el contrato de trabajo y definida por las normas de origen colectivo, se atempera de acuerdo con las propias necesidades inherentes al desarrollo personal del ser humano (14), que, siendo de ineludible e imperiosa realización, pueden interrumpir o trastocar el normal desarrollo de tal deber, sin afectar a su pervivencia (15).

En el caso del permiso que regula el artículo 37.4 ET dicha necesidad o derecho garantizado tiene una doble manifestación: el de recibir atención alimentaria al recién nacido, al que debe añadirse, si bien en un plano inferior (pues se supedita a la necesidad principal, ligada al bienestar del menor), una libertad fundamental: la de sus progenitores a proporcionársela, que, por tanto, es al tiempo un deber exigible a éstos. Un derecho que tiene carácter potestativo para el trabajador, que puede o no ejercerlo, pero en todo caso indisponible por el empresario, quien no está facultado para impedir su ejercicio. Ello sin perjuicio de la correlativa obligación del trabajador de comunicar al

-
- (11) Ratificado por España el 20 de agosto de 1966 (BOE de 31 de agosto). Dicho convenio, «desarrollado» por la Recomendación núm. 95, sobre protección de la maternidad, vino a sustituir al Convenio núm. 3, adoptado el 29 de noviembre de 1919 en la Conferencia de Washington.
- (12) DOCE L 248, de 28 de noviembre de 1992. Décima Directiva específica con arreglo al artículo 16.1.º de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo* (DO núm. L 183, de 29 de junio de 1989), cuyo artículo 15 dispone que los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán estar protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica, entre los que se entiende comprendida la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia.
- (13) «Considerando que las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y que las disposiciones relativas al permiso de maternidad no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» (Preámbulo).
- (14) Al respecto nos dice el Diccionario de la RALE (núm. 13) que es la «facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida».
- (15) STSJ de Navarra, de 11 de octubre de 1993 (A.S. 1993, 4260): «la existencia del permiso se justifica por la necesidad de que el trabajador pueda cohonestar su débito laboral con otro deber legal o moral, con el que aquél pueda entrar eventualmente en colisión» (F.D. 3.º).

empresario su intención de hacer uso del mismo, así como de los términos en los que se va a desarrollar su disfrute, con suficiente antelación, para evitar perjuicios innecesarios a la marcha de la empresa (art. 37.3) (16).

El análisis que pretendemos realizar acerca de este permiso se basa en un estudio pormenorizado de cada uno de los elementos que componen el derecho reconocido por el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), razón por la cual creemos necesaria su reproducción:

«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 el padre en caso de que ambos trabajen.»

1. La finalidad del precepto: atender a la lactancia de un menor de nueve meses.

A través del derecho reconocido en el artículo 37.4, la legislación laboral atiende a la tutela de la maternidad (y la paternidad) y fundamentalmente a la protección del menor (17). La tutela de la infancia es la razón que justifica, siguiendo a ALONSO LIGERO, «disposiciones excepciones de protección como ésta» (18).

El concreto objeto del precepto es atender a la alimentación (19) del recién nacido (20) que, precisamente por serlo, necesita una atención alimentaria especial, consistente generalmente en el amamantamiento directo por parte de la madre, pero que en ocasiones, por imposibilidad natural de ésta, debe realizarse a través de otros medios -productos lácteos elaborados-.

(16) Obligación que se entiende cumplida por el simple hecho de la comunicación previa, sin mayores condicionamientos que puedan derivarse de usos de empresa (v.g.: cumplimentación de impreso reservado al efecto) ni de la confirmación expresa de la empresa, pues el derecho a su disfrute es indisponible por parte de ésta (STSJ de Madrid, de 28 de mayo de 1993, A.S. 1993, 2636).

(17) En el mismo sentido, DILLA CATALÁ, M.ª J.: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989, pág. 209 y ss.

(18) ALONSO LIGERO, M.ª S.: «Lactancia y Guarda Legal», en *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. EDERSA, 1981, pág. 364. La autora rechaza que la fundamentación del derecho sea la protección de la mujer por razón de su sexo. Ello queda sobradamente acreditado con la reforma operada por la Ley 3/1989, que reconoce el derecho a ambos progenitores, con independencia de su sexo.

(19) El artículo 3 d) del Convenio núm. 3 de 1919, de la OIT (ratificado por España por Ley de 12 de julio de 1922), habla de «amamantamiento», lo cual reduce el ámbito del derecho a la lactancia natural.

(20) La STCT de 10 de febrero de 1983 (RTCT 1983, 1103) le atribuye la finalidad de «procurar la atención y cuidado del recién nacido». Así lo entiende también DILLA CATALÁ (*op. cit.*), para quien el objeto del precepto es más amplio que la mera función alimentaria: se trata de «proporcionar cuidados al niño o atenderlo». Sin embargo,

La posibilidad de que la lactancia sea artificial podría llevarnos a equipararla con la alimentación sólida posterior al amamantamiento, lo cual justificaría lo que era doctrina unánime hasta la *Ley de Relaciones Laborales* de 1976, es decir, que el precepto sólo contempla la lactancia natural. Pero es que la especialidad de este tipo de lactancia frente al amamantamiento natural deriva no sólo del modo en el que se realiza -que implica la existencia de una relación de dependencia del recién nacido respecto de la madre-, sino de la particular circunstancia en la que se halla el bebé por razones de edad. Edad en la que precisa de una atención más directa, más cercana, en todos los actos esenciales de su vida, como es el de alimentarse y que la ley limita a los nueve meses. No debemos olvidar un último aspecto de la cuestión: el derecho de los progenitores a participar en y controlar ese momento de la vida de su hijo: otra cosa es que no quieran hacer uso de él, sin entrar en discusiones sobre si ello supondrá un perjuicio para el desarrollo del bebé -cuestión que compete dilucidar a los psicólogos infantiles-.

En cuanto al propio carácter de la lactancia, tradicionalmente se ha planteado el dilema entre la lactancia natural y la artificial, resuelto siempre a favor de la admisión de ambas. El precepto no alude a que la lactancia deba ser de un tipo u otro, como tampoco lo hacía su antecedente más inmediato, el artículo 25.5 LRL (21). La lactancia se entendía, sin embargo, como lactancia natural en el artículo 168 de la *Ley de Contrato de Trabajo* (22) (aunque, como en la vigente regulación, nada se dispusiera expresamente), porque así era la realidad social a la que se dirigía la norma y porque así lo entendía unánimemente la jurisprudencia, que la equiparaba al amamantamiento («dar el pecho») del que hablara la primera ley reguladora del derecho: la Ley de 13 de marzo de 1900, *sobre Protección de La Mujer y el Niño en el Trabajo* (23) (24), y admitía sólo con carácter excepcional la lactancia «artificial» (la realizada con productos preparados). Por tanto, no se admitió la lactancia artificial hasta la aprobación de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, cuyo artículo 25.5, si bien dejaba sin aclarar qué tipo de lactancia amparaba, permitía (precisamente porque no se efectuaba distinción alguna) entender comprendidos ambos tipos, en vista de los cambios en la alimentación infantil que se habían constatado en la fecha de su promulgación.

Es así que la jurisprudencia, en interpretación de dicho precepto y tomando como base el principio general del Derecho *ubi lex non distingit non distinguere habemos*, se decantaba por la interpretación amplia (la más ajustada a la realidad, en todo caso), para concluir que el legislador había

no se puede pretender que se atienda al cuidado en general de un niño haciendo uso de una hora de ausencia del trabajo, teniendo en cuenta, además, el tiempo de los desplazamientos. Aunque es precisamente este elemento el que mueve a la autora a sostener tal idea, pues el tiempo de ausencia previsto por la norma es insuficiente para alimentar al bebé, pero sí basta para «dar una vuelta por el niño», «especialmente en grandes ciudades».

- (21) Tampoco la *Carta Social Europea* de 1961, que se limita a reconocer el derecho a la mujer trabajadora, sin delimitar qué duración debe entenderse suficiente ni qué tipo de lactancia está reconociendo.
- (22) Texto Refundido aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944.
- (23) Artículo 9.2.
- (24) Para un análisis más exhaustivo de los antecedentes históricos, *vid.* el depurado estudio del profesor J.I. GARCÍA NINET en «Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)». *Revista de Trabajo*, 1989, núm. 94. Asimismo, «Elementos para el estudio de la evolución histórica del Derecho español del Trabajo: regulación de la jornada de trabajo desde 1855 a 1931». *Revista de Trabajo*, núms. 51 y 52, 1975.

querido amparar tanto la lactancia natural o amamantamiento como la artificial, dando un giro radical a la doctrina jurisprudencial, hasta entonces contraria a ampliar la extensión del derecho: SSTCT de 13 de diciembre de 1977, 27 de febrero de 1978 y 8 de abril de 1978 (25), entre otras.

Entiende la STCT de 8 de abril de 1978 (26) que la finalidad de la reducción del tiempo de lactancia hasta que el bebé alcance la edad de nueve meses, que introdujo la LRL [pues, hasta el momento, el artículo 168 LCT disponía que el derecho al permiso por lactancia continuaba vigente durante todo el período de lactancia, fuera ésta más breve o más prolongada (27)] era «la más progresiva de 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».

En igual sentido, la STCT de 4 de septiembre de 1984 (28), en la que se interpreta el artículo 37.4 del Texto del Estatuto de 1980: «es lo 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».

La limitación de la titularidad del derecho a la madre en la redacción originaria del artículo 37.4 ET, antes de ser reformado por la Ley 3/1989, podría llevarnos a concluir que la intención primera era la de restringirla a la lactancia natural, puesto que en la artificial puede ser partícipe el padre, expresamente excluido del derecho a la pausa o permiso por lactancia (29), pero su admisión ya con anterioridad a la promulgación de esta ley despeja toda duda al respecto, como acaba de señalarse (STCT de 4 de septiembre de 1984). La inclusión del varón como beneficiario del derecho a partir de 1989 elimina la distinción entre lactancia natural y artificial, así como la diferencia de trato por razón del sexo, por otra parte inexistente en el número 5 del mismo artículo, en materia de reducción de la jornada laboral por razones de guarda legal (30).

(25) R.J. 1977, 6424; 1978, 1244 y 2008.

(26) R.J. 1978, 2008.

(27) «Mientras tengan hijos en período de lactancia». La pregunta es, ¿admitía el artículo 168 LCT la lactancia artificial? Puesto que no efectuaba distinción alguna, debe admitirse que sí.

(28) R.J. 1984, 6778.

(29) ALONSO LIGERO: *loc. cit.*

(30) La redacción neutra del artículo 37.5 nos lleva a concebir el derecho reconocido por el precepto como indistinto por razón de sexo, es decir, que haciendo abstracción del sexo del trabajador, se considera como titulares del mismo tanto a un progenitor como a otro, desligándose del concepto femenino de la maternidad que inspira el régimen de la lactancia, para acercarse a posturas más acordes con «el nuevo reparto de las cargas familiares» (lo que SALA FRANCO -«Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo», *Tribuna Social*, 1992, núm. 14, pág. 12- llama trasladar «la desigualdad de costos empresariales del par hombre-mujer al par hombre o mujer con responsabilidades familiares-hombre o mujer sin responsabilidades familiares»), apartando la interpretación del principio civilista del *favor filii* como preferencia hacia la madre (*ex art. 159 del C.c.*). Las consecuencias llegan más allá, pues supone extender el derecho a cualquier persona, con independencia de la relación de parentesco que le vincule al menor, que esté a su cuidado [en palabras de SALA FRANCO, estaríamos ante una «situación caracterizada por la protección objetiva de las responsabilidades familiares, independientemente de quién las asuma (hombre o mujer)»].

Y aunque el precepto -hoy 37.4 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995- siga sin hacer alusión a las modalidades posibles y amparadas de lactancia, deben entenderse comprendidas ambas, pues no podría concebirse de otra manera, especialmente teniendo en cuenta el artículo 3.1 Código Civil y la realidad actual (lo cierto es que cada vez es menos frecuente el amamantamiento natural o, por lo menos, inferior su duración, sustituyéndose enseguida por la artificial). Así ha sido constatado por el legislador, como puede colegirse de la reforma del precepto en 1989 en lo que se refiere a los titulares del derecho: reconociendo el derecho también al padre, está admitiendo que cabe la lactancia artificial, pues de otro modo carecería de sentido tal ampliación.

2. El titular del derecho.

2.1. «Las trabajadoras», titulares principales del derecho.

El precepto no utiliza una fórmula neutra, como la del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de *Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública* respecto de los funcionarios (habla de «el funcionario»), sino que contempla en su primera parte como sujeto beneficiario directo (31) o titular del derecho sólo a «las trabajadoras», del mismo modo que lo hacían los Convenios de la OIT números 3 y 103 de 1919 y 1952, respectivamente, sobre el empleo de la mujer durante el embarazo y la lactancia, incluyéndose aparte un último inciso en el que se concede el derecho también a «los trabajadores». Es decir, le concede a la mujer un derecho preferente al del varón.

La distinción entre sexos que realiza el número 4 del artículo 37 (32), aludiendo al sexo masculino sólo al final del precepto obedece al hecho de que este inciso fue introducido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo (33), que, en lugar de dar nueva redacción al precepto de forma global, lo «parcheó», pero lo hizo conscientemente, entendiendo que frecuentemente será la madre la que atienda a la alimentación del menor y porque es ésta la única que puede llevar a cabo la alimentación natural y, por tanto, que su derecho debe primar sobre el del padre, que sólo lo ejercerá cuando también la madre trabaje, porque en tal caso le resultará más difícil realizarla y porque muy probablemente la sustituirá por la lactancia artificial.

(31) Los padres son beneficiarios del derecho pero es el hijo quien está siendo directamente protegido por la ley, artículo 37.4.

(32) En igual sentido, la *Carta Social Europea* de 1961 reconoce el derecho a la mujer trabajadora, así como los Convenios núms. 3 de 1919 y 103 de 1952, fecha en la que fueron redactados, explica la restricción del derecho sólo a la mujer, sobre todo si tenemos en cuenta que lo que pretenden las citadas normas es la *protección de la mujer trabajadora*. Posteriormente, tanto el Convenio núm. 156 de 1981 como la Recomendación núm. 165 que lo desarrolla sustituyen las referencias a la mujer como única responsable del cuidado y atención de los hijos y en consecuencia beneficiaria indirecta de la protección de la maternidad (v.g., Recomendación núm. 123, sobre el *empleo de las mujeres con responsabilidades familiares*), por la de trabajadores con responsabilidades familiares, eliminando desigualdades por razón del sexo en este terreno.

(33) RCL 1989, 505.

De cualquier modo, el resultado de ello fue que la reforma llevada a cabo se quedó a medio camino en la consecución de la finalidad inicialmente perseguida por la ley, recogida en su *Exposición de Motivos*, esto es, la de igualar al hombre y a la mujer en sus condiciones de trabajo, especialmente respecto del tema de la maternidad (motivo por el que la mujer resulta particularmente desfavorecida social y jurídicamente, constituyendo la maternidad un *handicap* en el terreno laboral), de tal modo que en lugar de utilizarse una fórmula general en género neutro -«los trabajadores»-, para que sean los cónyuges o progenitores los que decidan en qué modo ejercerán ese derecho sigue haciendo especial hincapié en la mujer como protagonista principal del hecho de la lactancia (34) (aun cuando se esté pensando en nuestra época tanto en la lactancia natural como en la artificial), y sólo realiza una posterior alusión al varón como posible beneficiario del derecho.

Debería, en consecuencia, sustituirse el género femenino por el neutro, pues en ningún caso debe ser el legislador quien deba determinar cuál de los progenitores haya de ser el que se haga cargo del cuidado del menor, lo cual no se salva por el último inciso del artículo, ya que «obliga» a la pareja a someterse a la regla general, sin posibilidad de optar por otra solución y, por tanto, privando al padre de la oportunidad de lactar artificialmente a su hijo. Ello parece en principio admisible, pues estando uno de los progenitores «libre» para hacerse cargo del cuidado del menor, lógico es que no se causen «disfunciones» en la organización de la empresa por razón del permiso por lactancia. Lo sería si la norma fuera igualitaria y no discriminara a uno sobre el otro, ya que, en virtud de este artículo, no trabajando el padre -que puede hacerse cargo de la lactancia, al menos artificial-, sí se concede en todo caso el derecho a la madre, sea cual sea el tipo de lactancia del recién nacido, por razón del papel atribuido a la mujer en la maternidad (35), de mayor protagonismo que el de la paternidad (36).

Y ello a pesar de que, como mantiene la Sentencia 109/1993, del Tribunal Constitucional, de 25 de marzo de 1993 (37), que confirma la constitucionalidad del precepto en su redacción originaria (la dada por la Ley 8/1980, es decir, incluso con anterioridad a la reforma operada en 1989) (38), «el precepto cuestionado es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organi-

(34) En el mismo sentido, LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ («Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo», *Revista de Treball*, núm. 10, 1989, pág. 29 y ss.), quienes afirman que «no se abandona totalmente la perspectiva tradicional, sino que se abre un resquicio a un reparto de la carga».

(35) Se recoge legislativamente «la vieja idea, aunque sociológicamente constatable en la realidad española, de que las "responsabilidades familiares" y el "sexo femenino" van indisolublemente unidos» (SALA FRANCO, T.: «Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo», *Tribuna Social*, 1993, núm. 14, pág. 7 y ss.).

(36) En tal sentido, GARCÍA NINET, J.I.: «Notas...», *op. cit.*, así como M.ª J. DILLA CATALÁ (*op. cit.*), que defienden la necesidad de cambiar el género femenino «trabajadoras» por el neutro «trabajadores».

(37) R.J. 1993, 109.

(38) *Vid.* al respecto las SSTCT de 13 de diciembre de 1984 (RTCT 1984, 9644) y de 23 de noviembre de 1987 (RTCT 1987, 25923), en las que se rechaza la interpretación extensiva del precepto para extrapolar el derecho *reconocido exclusivamente en favor de la mujer* al varón, sin que ello constituya discriminación por razón de sexo, «pues la evidencia del derecho que se concede sobrepasa la limitación cicatera de tales conceptos para entrar en una situación exclusiva y excluyente y de la cual es indiscutida protagonista la mujer, cual es el hecho de la maternidad a cuya trascendental circunstancia se otorga el beneficio en litigio».

zación de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre, sino a la regulación de las condiciones de trabajo». Puede a ello objetarse que, pese a que ésta sea su finalidad, el precepto acaba incidiendo de forma indirecta en la configuración de la familia, al impedir el disfrute alternativo del derecho por ambos sexos, perpetuando con ello el tradicional rol de la mujer en la familia y en la sociedad.

El Tribunal Constitucional conoce en esta sentencia de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa en relación con el artículo 37.4 de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, precisamente por vulneración del principio de igualdad que consagran el artículo 14 de la Constitución Española con carácter general y el 35 del mismo texto en materia laboral, así como el artículo 9.2. La constitucionalidad del precepto se pone en duda no porque se atribuya en exclusiva la función de la lactancia a la madre (que debe seguir soportando el *handicap* que ello le supone en el mercado laboral (39) y en el terreno de su realización profesional), sino por negarle el derecho al padre. No obstante, el Tribunal niega que ello constituya una vulneración del principio de igualdad, tesis que sostiene con ayuda del siguiente argumento: el hecho de que la norma contemple sólo como titular del mismo a «las trabajadoras» (40) no significa crear discriminación alguna, sino otorgar una ventaja legal a la mujer [que no deviene discriminatoria «por el mero hecho de no hacer partícipe al varón» (41)], para compensar la situación de desventaja en la que se halla en la relación de trabajo (42). Se argumenta que «la norma tiene por concreto objeto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido» y que precisamente a través de esta «ventaja» se asegura la igualdad real de oportunidades entre ambos sexos, evitando perjuicios a la mujer en su inserción laboral.

Sin embargo, es el propio Tribunal el que incide en los efectos perversos que tal finalidad pueda tener si se vehicula tal y como lo hace actualmente la ley: se corre el riesgo de que «puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades fami-

(39) Al implicar un mayor coste laboral para el empresario, éste será reacio a la contratación de mujeres si puede recurrir a la de varones, lo cual le resultará más rentable. Tal discriminación trató de obviarse a través de la reforma del precepto por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, atribuyéndoles a ambos progenitores por igual las responsabilidades, obligaciones y derechos inherentes a la paternidad. Dicha reforma supuso un gran avance en tal sentido, pero no total (ni esperemos que definitivo), pues, además de ser parcial (y ello sin contar con la aplicación real que del mismo puedan hacer los empleadores, quienes en muchos casos siguen aplicando los mismos criterios a la hora de contratar a su personal laboral), no sirve por sí solo para cambiar algo tan arraigado todavía en nuestra sociedad como la discriminación de la mujer. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre (BOE del 19 y del 22 de marzo de 1992), cuyo Fundamento Jurídico 4.º alude a la existencia de normas jurídicas que «suponen refrendar o reforzar una división sexista del trabajo y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo» y que, por tanto, deben ser eliminadas.

(40) El Abogado del Estado argumenta que se trataría de una *inconstitucionalidad por omisión*, derivada de la vulneración del artículo 9.2.

(41) Sí sería discriminatorio lo contrario, es decir, una privación impuesta por razón del sexo. En todo caso, se argumenta por el Tribunal que no vulneraría el artículo 9.2, sino el 35.1.

(42) De la misma manera que, en sede de normas sobre Seguridad Social, sucede con las pensiones de viudedad (sostén económico de la mujer que depende económicamente de su marido, según presume la ley).

liares» (43), que es lo que trata de evitar la reforma realizada en 1989. Y aun considerando el Tribunal la posible existencia de tal riesgo, se pasa por alto, obviando su potencial relevancia, arguyendo que no por ello se incurre en inconstitucionalidad. Es más, contrariamente, se justifica la diferencia de trato, esgrimiendo «fundamentos objetivos y razonables», como las diferencias biológicas (que en nada afectan a la lactancia artificial, cuestión en la que el propio Tribunal incide pero no acaba de resolver), o el de que con ello se evitan ceses laborales debidos precisamente a la maternidad de la trabajadora.

Es por ello que apoyamos la doctrina que elabora el Magistrado V. Gimeno Sendra en su voto particular a la sentencia de referencia, al que se adhieren los Magistrados F. García-Mon y González-Regueral, C. De la Vega Benayas y E. Díaz Eimil, quienes sostienen que es precisamente esa diferencia que marca la ley con finalidad «presuntamente» protectora de un colectivo que se halla en desigualdad social la que fomenta en mayor medida dicha desigualdad, al consagrar legalmente una tradicional desventaja laboral para la mujer, pues supone en términos empresariales un coste adicional inexistente en el trabajador varón, que mueve al empleador a la exclusión de mujeres de su plantilla laboral. Luego realmente el artículo 37.4, antes de su reforma en 1989, era claramente discriminatorio en perjuicio de la mujer (aunque no lo reconozca la STC que está siendo objeto de comentario) (44).

En cuanto a la titularidad del derecho por el padre, habrá que estar a lo dispuesto por el Código Civil sobre presunción de paternidad por razón de matrimonio y sobre reconocimiento de la misma. Al respecto prevén algunos convenios que «se reconocerá la paternidad o maternidad de hecho suficientemente documentada» (45).

2.2. Disfrute indistinto del permiso por la madre o el padre.

El último inciso del artículo 37.4 (añadido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que habla por primera vez de «permiso») establece que el disfrute del derecho será indistinto por el padre o la madre.

(43) En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A.: «¿Discriminación del varón o "acción positiva" en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?»; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores». *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XI, Civitas, Madrid, 1994.

(44) En cuanto a la actual redacción, elimina la desigualdad, pero sólo en términos jurídicos, según afirma SALA FRANCO («Trabajadores con responsabilidades familiares...», *op. cit.*), pues la desigualdad social persiste. Se ha dado la curiosa paradoja -lo cual resulta sin duda altamente criticable- de que lo que fue defendido por el Grupo Socialista en la discusión parlamentaria del texto de la Ley de 1980 (enmienda número 335), consistente precisamente en la sustitución del femenino *trabajadora* por el neutro «trabajador» (que en su día no prosperó frente a la opinión mayoritaria que sostenía el partido en el Gobierno, UCD), no se ha vuelto ni siquiera a plantear por el mismo Grupo Parlamentario, hoy en el Gobierno, y con mayoría parlamentaria, después de quince años -diecisiete de desarrollo del principio de igualdad reconocido en la Constitución de 1978- y precisamente tras varios años de la aprobación, en el terreno laboral, de la Ley 3/1989, por no mencionar otras muchas disposiciones de diversa índole, dirigidas a la aplicación del principio de igualdad por razón de sexo.

(45) *V.g.*, Convenio de la provincia de Guipúzcoa para el Comercio de la piel, artículo 21 f) (BOP de 18 de abril de 1996).

El precepto concede en principio el derecho -en todas sus modalidades de disfrute: como ausencia continuada durante una hora, como doble ausencia de media hora cada una o como reducción de la jornada en media hora- de forma indistinta al padre o a la madre del lactante (46), pero restringe la amplitud del mismo a la concurrencia de una circunstancia: que ambos trabajen. Ello implica dos cosas:

- 1.^a *Que uno solo de los dos puede disfrutar del permiso.* Resulta claro que la norma impide el ejercicio simultáneo de ambos derechos. Es decir, que sólo serán indistintos su titularidad y ejercicio si ambos trabajan. Pero son varias las dudas que nos plantea el precepto:
 - ¿Cabe el disfrute alternativo por períodos, en igualdad de condiciones, o sólo el ejercicio de uno de los dos, de modo que, hecha la opción, se excluye cualquier otra posibilidad? Debe entenderse que su distribución ha de quedar a la voluntad de sus titulares, en tanto se trata de un derecho de libre disponibilidad, que permite alterar su régimen de disfrute (47). En todo caso, el cónyuge que quiera ejercer el derecho deberá demostrar que el otro cónyuge no lo ejerce; la prueba será innecesaria cuando ambos progenitores presten servicios para el mismo empresario (48).
 - ¿Qué sucede si quien disfruta del permiso es una tercera persona, probablemente un familiar? En tal caso, habrá que entender por «padre y madre» a la pareja formada por los cónyuges que se hagan cargo del menor.
- 2.^a *Que dicha «opción» sólo existe cuando se cumpla una premisa: que ambos trabajen.* La circunstancia que parece motivar la inclusión de este inciso es que tanto el padre como la madre del lactante tengan dificultades para atender al cuidado de su hijo por razón de su trabajo, motivo por el cual el precepto reconoce a uno de los dos el derecho a disfrutar de un permiso de una hora diaria para atender a tal obligación-derecho, debiendo decidir internamente quién, cuando no se trate de lactancia artificial, hará uso del mismo. Ahora bien, cuando tal situación no se dé, es decir, cuando uno solo de ellos trabaje, el otro tendrá tiempo y ocasión para ocuparse de ello, y de ahí que en tal caso no se conceda un derecho indistinto, sino que el precepto sólo lo reconoce a la madre, sea o no trabajadora (49), pero no al padre si la madre no trabaja (50). Si ésta es la circunstancia contemplada por el legisla-

(46) Según ESCUDERO RODRÍGUEZ («La Ley 3/1989, una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *R.L.*, 1989-II, pág. 1.152), la atribución no es indistinta, sino que *la titular del derecho es la madre, quien puede, si así lo decide, cederlo al padre*. En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica». *R.L.*, 1989-I, pág. 94).

(47) En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA (*op. cit.*, pág. 23). En sentido contrario, ESCUDERO RODRÍGUEZ (*op. cit.*, pág. 1.153).

(48) En cuanto a los medios de prueba, será necesaria la (difícil) comunicación entre los respectivos empresarios para verificar la realidad de lo alegado.

(49) LÓPEZ GANDÍA y SALA FRANCO (*op. cit.*) afirman que el padre ostenta una titularidad derivada de la madre, no originaria, que sólo actúa, es decir, sólo «se traspassa» al padre cuando ambos trabajen.

(50) Tratándose de un funcionario, la redacción del artículo 30 del Estatuto de la Función Pública elimina ambigüedades como ésta, al atribuir el derecho al «funcionario», sin distinción de sexos.

dor (la imposibilidad de los padres de hacerse cargo de la alimentación del hijo por causa de su trabajo), debemos hacer extensivo el último inciso («... indistintamente...») a otros supuestos en los que se halle presente también la misma circunstancia o elemento fáctico. Por tanto, *el derecho debe entenderse reconocido al progenitor que tenga a cargo al hijo*, con independencia de su sexo (51), v.g. el caso del padre viudo (52), o del padre abandonado por su esposa o conviviente de hecho, dejándole a cargo del hijo común (53), pues de lo contrario se estaría limitando el derecho a la lactancia de su hijo y, además, se estaría incurriendo en una violación del principio de igualdad (54).

El factor que compatibiliza el disfrute del derecho por ambos progenitores de forma indistinta es la realización de una actividad laboral por parte de los dos. Ahora bien, ¿a qué clase de trabajo alude la norma? Creemos que debe entenderse en el sentido que regula el Estatuto de los Trabajadores, pues de otro modo no cabría aplicar las mismas reglas a uno y otro trabajador. En cuanto al tipo de jornada realizada, puesto que se alude con anterioridad, a la jornada «normal» u ordinaria, a ésta debemos remitirnos, en el sentido ya expuesto respecto de lo que debe entenderse por «jornada normal». En tal dirección arroja cierta luz la Sentencia de 20 de junio de 1988, de la Magistratura de Trabajo número 24 de Barcelona (55), que exige la acreditación de la existencia de una *razón temporal ocupacional* (56), pero no entra a juzgar si lo constituye la asistencia a unas clases universitarias, pues no quedaron demostrados los hechos fácticos, razón por la que se desestimó la demanda (57).

3.^a En cuanto a las *opciones de ejercicio*, cabría el reparto entre ambos progenitores, disfrutando de media hora cada uno (58). Ahora bien, las razones que nos llevaban a cuestionar la suficiencia del período concedido por el artículo 37.4 ET deben conducirnos con mayor razón, a rechazar tal interpretación. Respecto al disfrute indistinto del derecho por parte de ambos cónyuges, debe entenderse que cabe tanto en caso de reducción de la jornada en media hora como a la ausencia de una hora.

(51) Originariamente, no con carácter derivado.

(52) Asimismo, el viudo que, delegando la función de lactar al recién nacido en un ama de cría, desea hacer el seguimiento de la alimentación de su hijo.

(53) En tal caso, ésta no podrá ejercer el derecho que le reconoce el artículo 37.4 ET, por no ostentar la guarda del niño.

(54) En el mismo sentido, SALA FRANCO: «Trabajadores...», *op. cit.*, pág. 10, según el cual sólo concediendo el derecho también al padre cuando la madre no trabaje se evita incurrir en discriminación por razón del sexo. En contra, GARCÍA NINET, que apuesta por la interpretación literal de la norma, que no afirma tal cosa, sino que la finalidad del precepto es que la madre siempre disfrute del permiso, mientras que el ejercicio del mismo respecto del padre se condiciona a que trabajen los dos.

(55) A.L., núm. 2, 1989, ref. 45.

(56) Por lo tanto, basta que una actividad que impida llevar a cabo la lactancia no sea de ocio para que justifique la concesión del permiso. LOUSADA AROCHENA («El permiso de lactancia». R.L., núm. 14, 1996, pág. 22) entiende que cabe la concesión del permiso por el padre cuando la madre sea funcionaria.

(57) Sobre condiciones más beneficiosas disfrutadas a título particular, *vid.* la Sentencia de 30 de enero de 1981 (R.J. 607).

(58) LOUSADA AROCHENA («El permiso de lactancia», *op. cit.*, pág. 21) apuesta por la parificación absoluta, permitiendo el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores, *porque ello parece más acorde con el principio de igualdad entre ambos sexos*.

3. El sujeto protegido: el hijo menor de nueve meses.

Las normas del Estatuto de los Trabajadores relativas a maternidad, lactancia o cuidado de hijos, al reconocer una serie de derechos a los trabajadores, lo que están haciendo en realidad es proteger de forma mediata a otro sujeto, el menor (59). Para ello recurren a la concesión de derechos a terceras personas -el trabajador o trabajadora-, que hagan posible en la práctica el cuidado del menor al que se tutela. Y es la defensa del interés de éste no sólo la finalidad perseguida por la ley y bien jurídico protegido, sino también el criterio modulador del derecho reconocido y amparado por el legislador. En este sentido debe citarse la STCT de 18 de junio de 1985 (60), que afirma ser no sólo beneficiario sino titular del derecho el hijo menor de nueve meses «y no la madre -o el padre, según la Ley 3/1989»-, que serían, según esta tesis, el instrumento del que se vale la ley para que el titular del derecho pueda hacerlo efectivo.

El análisis del sujeto protegido por la norma exige el tratamiento jurídico de los dos elementos que componen el supuesto de hecho:

1.º *La relación de parentesco entre el sujeto protegido y el sujeto beneficiario del derecho: el hijo.*

Se incluye en el concepto de hijo tanto al natural como al adoptado, cualquiera que sea su filiación, en aplicación del artículo 39 de la Constitución Española y de los Convenios números 3 -art. 2- y 103 -art. 2.4- de la OIT, así como del C.c. -art. 108-, cualquiera que sea su filiación.

Ahora bien, ¿la finalidad del precepto hace posible extender su aplicación a otros supuestos en los que no haya filiación alguna, así como aquellos en los que la relación todavía no se haya constituido [durante la tramitación legal de la adopción (61)]? En otras palabras, ¿cabe en el concepto y, por tanto, resulta beneficiario del derecho, también la lactancia que pueda proporcionar al bebé otro familiar distinto de cualquiera de sus progenitores -o una tercera persona-? Imaginemos el supuesto de un huérfano cuya madre ha fallecido en el parto, o incluso con posterioridad, durante la lactancia, quedando el mismo a cargo de otro familiar. Si acudimos a la finalidad última del precepto, a su interpretación teleológica, que no es otra que la atención del bebé, bien jurídico tutelado, como ya se ha puesto de relieve, habremos de concluir que la ley no distingue, como argumenta SALA FRANCO (62), entre guarda legal o de hecho, sino que exista un bebé que necesite ser atendido y

(59) En el mismo sentido, GARCÍA NINET: «Notas...», pág. 25.

(60) R.J. 1985, 4063.

(61) ALONSO LIGERO (*op. cit.*, pág. 365), ESCUDERO (*op. cit.*, pág. 98), DILLA CATALÁ (*op. cit.*, pág. 213). LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ («Las recientes reformas de la Legislación social...», *op. cit.*) achacan la omisión de la adopción en el artículo 37.4 («laguna que contrasta con el resto del articulado de la ley») incluso después de la reforma introducida por la Ley 3/1989 «a los largos trámites que lleva consigo la Ley 21/1987», de adopción.

(62) SALA FRANCO: «Trabajadores...», *op. cit.*

no haya otra persona que el trabajador que solicita el derecho para hacerse cargo de él. Por tanto, no existiendo el presupuesto impeditivo, debe entenderse el concepto de «hijo» en sentido amplio, no sólo, pues, respecto de los hijos, sino del recién nacido en general, sea cual sea la relación que le una con el trabajador, pues no debe olvidarse que el sujeto protegido por el precepto es el menor (63).

La tesis expuesta fue confirmada por la Sentencia de 20 de junio de 1988, de la Magistratura de Trabajo núm. 24 de Barcelona (64), en la que se afirma que cualquier pariente puede llevar a cabo la lactancia no maternal: «naturalmente puede efectuar(se por) cualquier pariente y en primer lugar (por) cualquiera de los progenitores».

Esta teoría concreta los límites de la ampliación del concepto de hijo a la de «menor acogido» en lo que se refiere a la actuación del derecho, que se concibe como consecutiva y no alternativa: parece entenderse, como es lógico y natural, que el derecho de terceras personas se supedita a la inexistencia de padres, de tal modo que sólo cabrá el ejercicio del derecho por persona distinta cuando ésta sea quien efectivamente esté al cuidado del menor por inexistencia o ausencia de sus progenitores.

Pero puede entenderse también en otro sentido: como orden de preferencia en el disfrute del derecho, de manera que los otros parientes (o tercera persona) sólo puedan ejercer el derecho si los padres del menor renuncian previamente a él en su favor. La discusión no es bizantina ni el supuesto remoto: imaginemos que los padres del recién nacido residan a decenas de kilómetros del centro de trabajo y que el familiar menos directo pueda hacerse cargo de la alimentación del recién nacido con más facilidad, por trabajar más cerca del hogar familiar de éste. Debe entenderse, pues, que, en beneficio del menor, el derecho debe hacerse extensible a terceros familiares sin orden de preferencia. En cualquier caso, señalamos la necesaria revisión de la redacción del precepto para clarificarlo y evitar interpretaciones restrictivas (65).

2.º La edad del lactante: «menor de nueve meses».

El artículo 37.4 establece un límite temporal (ausente en el art. 168 LCT) a la lactancia, abarcando tanto la de carácter natural como artificial. De tal modo se estandariza, en función de criterios médicos, a efectos legales la duración de una actividad que, sea fisiológica -amamantamiento- o asistida -lactancia mediante productos lácteos maternizados-, es siempre natural (66) y, por ello,

(63) Sólo así se da cumplida aplicación del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que España ratificó el 13 de abril de 1977, según el cual «todo niño tiene derecho (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado».

(64) Mag. Sr. D. O. Marzal Martínez.

(65) Así se ha realizado por parte de algunos convenios colectivos, como el del Personal Laboral al Servicio de la Administración de Justicia [art. 33 f), BOE de 19 de junio de 1996].

(66) En el mismo sentido, Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 24 de Barcelona, de 20 de junio de 1988 (A.L., núm. 2, 1989, ref. 45), donde se afirma que, cuando la lactancia no es materna, no por ello «adquiere el carácter de "no natural" (...), sino meramente de "no maternal"».

dependiente de las necesidades del recién nacido. Así, pues, sea cual sea el tiempo real de aquélla, que podrá ser menor o mayor de la prevista legalmente con carácter general, el tiempo máximo del permiso concedido por el artículo 37.4 será de nueve meses menos el tiempo disfrutado en virtud del artículo 48 como de suspensión contractual por maternidad. Las consecuencias de ello serán las siguientes:

- a) *La lactancia interrumpida antes de cumplir el menor nueve meses extingue por sí misma el derecho.* El derecho tiene la duración que tenga el hecho natural de la lactancia, siempre que ésta sea la de un menor de nueve meses -edad considerada médicamente suficiente para sustituir el amamantamiento natural o artificial por la alimentación más sólida (papillas...)-. Luego no cabe extender el beneficio más allá de lo que exige la naturaleza, a la que se conecta directamente. Pero en todo caso su duración será inferior a nueve meses, pues debe conectarse con el previo descanso obligatorio por maternidad regulado en los artículos 45 d) y 48 ET, que establecen la obligatoriedad de que seis semanas sean posteriores al parto. Por consiguiente, la duración máxima del permiso por lactancia será de siete meses y dos semanas.
- b) La lactancia prolongada por más tiempo del regulado en el artículo 37.4 no da lugar a la concesión del beneficio que este precepto reconoce a los trabajadores, extinguiéndose el derecho una vez alcanzado el límite temporal máximo.

Éstas son las consecuencias, pero debemos preguntarnos cuál es la finalidad del establecimiento de un límite temporal introducido por vez primera por la *Ley de Relaciones Laborales*. Puede entenderse en varios sentidos:

- como limitación de la duración del permiso, aunque la lactancia natural sea más prolongada,
- una interpretación más progresista nos lo muestra como reconocimiento del derecho en cualquier caso, con independencia del tipo de lactancia, natural o artificial. Así lo entienden desde sus primeras sentencias el Tribunal Central de Trabajo: sirva como ejemplo la Sentencia de 9 de abril de 1978: «la novedad de la Ley de Relaciones Laborales de señalar un período de duración de nueve meses, no determinado en el artículo 168 de la Ley de Contrato de Trabajo no tiene la única finalidad de establecer un límite para el caso de lactancia natural, antes no señalado, en relación a los posibles amamantamientos de duración superior, sino la más progresiva de establecer período durante el que, en cualquier clase de lactancia, pueda la madre trabajadora vigilar y ser directamente responsable de la crianza de su hijo». En una Sentencia posterior, de 23 de noviembre de 1987 (67), considera que el beneficio otorga-

(67) RTCT 1987, 25923.

do tiene por misión, «no sólo que la madre lo utilice en cualquiera de los dos tipos de lactancia que del precepto legal se pueden deducir sino también para que con el tiempo de asueto que por el nacimiento del hijo se le otorga *pueda dedicarse dentro de la esfera sutil e íntima que tal fenómeno produce a la atención especial que en tan temprana edad el recién nacido requiere.*»

4. El carácter del derecho otorgado por el artículo 37.4.

El permiso por lactancia es un derecho -así se configura en el art. 37.4, y se deriva del art. 3 d) del Convenio núm. 3 de la OIT (68)- la trabajadora o del trabajador a cuyo ejercicio no puede negarse el empresario (69), en virtud de la naturaleza legal del derecho (70) y de la finalidad perseguida por la norma: la tutela del menor.

En consecuencia, no cabe oposición por parte del empresario al ejercicio del derecho, ya que, de lo contrario, se estaría privando de sentido al mismo. Lo cierto es que la norma no regula el régimen de ejercicio del derecho, distanciándose en ello de sus precedentes más remotos (puesto que tampoco la LRL aclaraba nada al respecto): así, la LCT, que establecía una sola exigencia para hacer uso del permiso: la comunicación al empresario. Requisito que debe entenderse vigente, en virtud del deber de buena fe contractual que establece con carácter general el artículo 5 a) ET.

La pregunta es: ¿puede intervenir en dicho ejercicio? En otras palabras, ¿cabe que el empresario decida o intervenga en la fijación de los términos del mismo? Para responder a esta cuestión es preciso acotar previamente el contenido del derecho mismo para determinar en qué medida puede el trabajador ejercerlo, pues el precepto se limita a reconocérselo y a cuantificarlo temporalmente, dejando en el aire dos cuestiones:

- 1.^a En qué período de la jornada laboral puede disfrutarse del permiso y quién es el sujeto legitimado para decidir sobre el particular.
- 2.^a Qué posibilidad tiene el trabajador de alterar la opción anteriormente realizada -por el sujeto legitimado para ello- en materia de horario de disfrute, modificando la franja horaria elegida.

La laguna legal aludida puede colmarse por medio de una interpretación histórica del precepto. Debemos remontarnos, por consiguiente, a la regulación de este derecho por la LCT de 1944, cuyo artículo 168 decía:

(68) En cambio, el Convenio núm. 103 lo concibe como una «autorización» legal.

(69) STSJ de Madrid, de 28 de mayo de 1993 (A.S. 1993, 2636), sobre permiso por matrimonio.

(70) Por tanto, es indisponible por las partes e irrenunciable por parte del trabajador, en virtud del artículo 3.5 ET.

«Aun cuando no conste en el contrato, las mujeres, mientras tengan hijos en período de lactancia, tendrán derecho, siempre dentro de la jornada de trabajo, a una hora de descanso al día, divisible en dos períodos de media hora cada uno.

Estos descansos serán utilizados por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más que comunicar al director o representante de la empresa, al entrar al trabajo, la hora que hubieran escogido. No serán en manera alguna descontable de los jornales el tiempo destinado a la lactancia.»

Respondamos por separado a cada una de las cuestiones planteadas:

1. Período de la jornada laboral de disfrute del permiso y sujeto legitimado para su determinación. El artículo 168 LCT regulaba exhaustivamente el régimen del ejercicio del derecho, lo cual se echa de menos en el precepto actual. Parece ser que largos años de aplicación de aquél por profesionales, empresarios y jueces hicieron innecesario, a la hora de redactar el texto de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976, de 8 de abril) y, posteriormente, el de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, recoger lo que por sabido era obvio y, en consecuencia, superfluo.

Sin embargo, la aplicación que se continúa llevando a cabo por la jurisprudencia del actual artículo 37.4 es la que ya se consolidó con anterioridad respecto del artículo 168 LCT, de forma que el precepto se complementa vía jurisprudencial y, por tanto, debe llamarse la atención sobre este ejemplo vivo de la función de complementación del Ordenamiento jurídico atribuida por el artículo 1.3 Código Civil a la jurisprudencia, sin olvidar la perpetuación como práctica laboral lo que constituía aplicación de la ley.

La respuesta que demos a tales cuestiones se somete a una exigencia previa: la de conjugar los intereses personales -a los que atiende la norma- con los empresariales, lo cual significa no hacer desprecio de estos últimos, pero de existir una colisión entre ambos, deberán primar en todo caso los personales, pues las necesidades naturales del bebé -la alimentación- no pueden supeditarse a condicionamiento alguno. Por tanto, será en principio, y debe afirmarse que como regla general, el trabajador quien decida sobre el particular, según exijan las circunstancias (es decir, las necesidades del recién nacido) (71).

Admitido esto, habrá que permitir también que pueda alterarse la opción según varíen las circunstancias que la motivaron (por modificación sobrevenida en los horarios de las tomas o por especiales dificultades de alimentación del bebé). A avalar esta conclusión viene el hecho de que el dere-

(71) Así se afirma en la STSJ de Madrid de 23 de enero de 1990 (A.S. 1990, 26), según la cual el reconocimiento del derecho se realiza sin condiciones o límites que dificulten su ejercicio, y si se reconoce el derecho a ausentarse durante una hora del trabajo, ello incluye el de elegir la hora cuando mejor se satisfaga o atienda al recién nacido.

cho se reconozca en función de las necesidades del lactante, pues, si éstas resultan alteradas, lógico será que también cambie el régimen de su ejercicio. Ésta y la anterior afirmación -el disfrute del derecho en la franja horaria elegida por el trabajador- quedan confirmadas por la STCT de 23 de marzo de 1988 (72), que sostiene que el artículo 37.4 «regula el derecho con total y absoluta discrecionalidad para la madre», que podrá elegir la hora cuándo y cómo la quiera, cuando mejor satisfaga o atienda a su hijo recién nacido. El argumento esgrimido por el Tribunal para llegar a tal conclusión es el siguiente:

«Sólo ella (la trabajadora) y únicamente ella, sabe, y así puede decidir cuándo y cómo puede atender a esa provisión, en los términos que asimismo le depare el cuadro psicofísico de su propio hijo lactante; así las cosas, hablar que la conformación del cuadro satisfactivo de esa necesidad únicamente compete a la madre, y que, por ello, cualquier signo de actitud reglada o impuesta al respecto desnaturalizaría y hasta conculcaría los más elementales valores que privan en la relación materno-filial, no es sino proclamar en un instrumento judicial, como es la sentencia, lo que es de general notoriedad en el elenco de convicciones del medio social más secular; el legislador no podía ignorar ni eludir esa verdad, y así, en consecuencia, regula el derecho en el artículo 37.4 con total y absoluta discrecionalidad para la madre, la cual, por un lado -y para ejercitar el derecho así concedido-, puede dividir dicha hora en dos fracciones, luego, la conclusión es evidente, en el corolario silogístico: si no quiere no divide, y disfruta de la hora en continuidad; y, por otro, puede optar, o por su voluntad, por sustituir ese derecho a la hora diaria por la reducción de la jornada laboral en media hora, es decir, iniciar la misma o terminarla con esa ventaja temporal; pero en caso alguno se le impide que... la hora a que tiene derecho la elija cuándo y cómo la quiera -se sobrentiende cuando mejor así satisfaga o atienda a su recién nacido-...»

Ésta es, además, la regla general que establecía el artículo 168 LCT (cuya vigencia había sido mantenida con rango reglamentario por la disp. final 4.ª ET de 1980 y fue derogado por la disp. derog. de la Ley 11/1994), según el cual «estos descansos serán utilizados por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más que comunicar al director o representante de la empresa, al entrar al trabajo, la hora que hubieran escogido». Luego la mujer, además de escoger el horario a su conveniencia, podrá también alterar su opción diariamente, ya que la norma establecía que la comunicación del horario elegido para disfrutar del permiso debía hacerse cada día, al entrar al trabajo (73).

(72) A.L., núm. 25, 1988, pág. 1.448.

(73) GARCÍA NINET (*loc. cit.*) entiende que no puede desprenderse ninguna conclusión clara, sino que tanto cabe la comunicación diaria como la comunicación inicial, válida «para todo el período de disfrute o por meses».

2. *Admisibilidad del cambio de opción por parte del trabajador en materia de horario de disfrute del permiso.* ¿Qué significa el silencio del ET al respecto? La ausencia de regulación de los términos del disfrute del permiso puede llevarnos a tres conclusiones diferentes (pueden darse también en este caso las respuestas que han servido para contestar a la primera de las cuestiones):

- Que se remita al pacto individual entre trabajador y empresario.
- Que se entienda aplicable el régimen previsto en el número anterior, el tercero, en el que se precisa que el derecho se somete al «previo aviso y justificación», es decir, que es el trabajador quien determina de forma exclusiva cómo va a ser ejercido el derecho, siempre que lo justifique y que avise previamente al empresario. Así lo preveía ya la Recomendación núm. 95 de la OIT, de 1952, sobre protección de la maternidad, por la que se complementa el Convenio núm. 103 de 1952 (que constituye una actualización del núm. 3 de 1919).

En efecto, el apartado 3.1 de la Recomendación III, en la que se regulan determinadas garantías o facilidades para las madres de hijos lactantes, aconseja que «*deberían permitirse modificaciones, en cuanto a su frecuencia y a su duración mediante certificado médico*». Propone, pues, que el permiso se acomode a las necesidades reales del niño, en cada caso, regulando las normas por las que han de regirse tales alteraciones, ya que se somete a la acreditación de su necesidad a través de certificado médico.

Por su parte, ALONSO LIGERO entiende que la elección del horario dedicado a la lactancia se realiza cada día, tanto en lo que respecta a la hora como a la opción de disfrute (es decir, íntegra o fraccionada) (74).

En todo caso, lo que sí queda claro es que el ejercicio del derecho por parte del trabajador debe ajustarse al deber de buena fe contractual y, en consecuencia, ejercerse dentro de los límites de la razonabilidad, atendiendo a las verdaderas necesidades del bebé, que, por otra parte, ciñe, por lo común, su comportamiento habitual a patrones más estandarizados o estables (75).

Debemos preguntarnos, por último, si es posible que la alteración del régimen de licencias y permisos provenga de la empresa, por conveniencias y a iniciativa de ésta. Al respecto ha señalado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de abril de 1995 (76), que el procedimiento aplicable en tales

(74) En contra, sin embargo, la STSJ de Madrid de 17 de octubre de 1989, que concibe dicha facultad del trabajador como excepcional: «no se puede modificar la opción después injustificadamente y pasarse a otro sistema a capricho del trabajador, salvo que concurran excepcionales y poderosas razones». Dicha naturaleza -la de ser excepcionales y poderosas las razones para ello- habrá que atribuir a los motivos relacionados con las necesidades del lactante, como ya se ha señalado anteriormente. Por tanto, en realidad viene a reforzar la tesis aquí defendida, ya que lo que se prohíbe es la variación de la opción *a capricho*, pero sí la que tenga poderosos fundamentos, y la alteración en los hábitos del niño lo es sin duda. Ahora bien, ¿qué criterios se seguirán y por quién se aplicarán para determinar la excepcionalidad o carácter caprichoso de la necesidad?

(75) GARCÍA NINET: «Notas...», pág. 41.

(76) Ponente: Sr. Martín Valverde. R.º 2252/94. A.L., núm. 32, 1995, ref. 1270.

supuestos es el previsto en el artículo 41 ET para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo [aun cuando éstas estén reguladas en un reglamento de régimen interior, una vez derogado el Decreto 20/1961 (77)], siempre que concurren determinados requisitos: primero, que la modificación sea «sustancial»; segundo, que las licencias y permisos no tengan carácter graciable (sino de origen legal, convencional o atribuido por decisión empresarial de carácter colectivo); tercero, que la modificación fuera «peyorativa o perjudicial para los trabajadores», y cuarto, que «el empresario no estuviera facultado para adoptarla por sí solo en virtud de su poder de dirección» (78).

5. El derecho reconocido: la hora de ausencia del trabajo.

La rúbrica del artículo 37 reza «descanso semanal, fiestas y permisos», mientras el texto del artículo 37.4 -así como el del número 3- habla de *ausencia*, término que debe identificarse, pues, con el de permiso, es decir, como ausencia remunerada [STCT de 14 de enero de 1988 (79)]. Así debe entenderse, a pesar de no hacerse alusión alguna a la remuneración, por dos motivos: primero, el propio carácter garantista del precepto -que quedaría desvirtuado de otro modo- y, segundo, la expresa referencia a la «disminución proporcional del salario» contenida en el número 5 respecto del derecho a solicitar una reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años o disminuido, que viene a ser excepción a los derechos contemplados en los números anteriores (el cuarto entre ellos), en los que sí es obligada la remuneración (así lo establece el número 3). Como tercer argumento de apoyo debe recurrirse a elementos históricos:

- En primer lugar, la *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 establecía expresamente el carácter retribuido del permiso en su artículo 168 («no será en manera alguna descontable de los jornales el tiempo destinado a lactancia»).
- La *Ley de Relaciones Laborales* de 1976 hablaba de *pausa* en su artículo 25.5, en lugar de ausencia, pero no aludía tampoco expresamente a la retribución de la ausencia o pausa, aunque ya había señalado el Tribunal Central de Trabajo, en una interpretación del mismo realizada en la Sentencia de 9 de febrero de 1978 (80), que «respecto a si la pausa para la lactancia debe ser o no retribuida, es de advertir que en los supuestos en los que el legislador ha pretendido la disminución proporcional del salario lo ha hecho expresamente, como sucede en el supuesto del núm. 6 del artículo 25... por lo

(77) STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de octubre de 1991.

(78) *Vid.* STCT de 23 de abril de 1981 (RTCT 1981, 2782), sobre condición más beneficiosa en materia de pausa por lactancia.

(79) A.L. núm. 15, 1988, ref. 354.

(80) R.J. 1978, 800.

que debe entenderse que al silenciar este supuesto concreto (permiso por lactancia) la reducción proporcional del salario, esta pausa para la lactancia debe ser retribuida (81)».

- Por último, debe tenerse presente la aplicabilidad del artículo 5.2 del Convenio núm. 103 de la OIT (82) («las interrupciones de trabajo, a los efectos de lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remuneradas como tales»). En el mismo sentido, la STCT de 14 de enero de 1988 (83).

Llegados a este punto, debemos abordar el análisis de varias cuestiones:

En primer lugar, reflexionar sobre el sentido del término «ausencia», para delimitar el contenido del derecho y sus modalidades de ejercicio. Semánticamente, ausencia es «no presencia», no presencia, en este caso, en el puesto de trabajo.

No es necesario que la ausencia se entienda referida al centro de trabajo, pues cabe la existencia de guardería en el propio centro (84) [observar que se dice «trabajo» y no «centro de trabajo», pues se está pensando en la posibilidad de lactar al bebé en el propio centro de trabajo, en locales especialmente habilitados para ello, tal como prevé la Recomendación núm. 95 de la OIT (85) y el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto].

Establecida dicha premisa, pueden extraerse varias posibles consecuencias:

1. *Las modalidades de disfrute del derecho.* La ausencia puede producirse:

- 1.º dentro de la jornada de trabajo, con lo cual estaríamos ante una *interrupción* de la misma, o
- 2.º en los tramos inicial y final de aquélla, es decir: bien antes de iniciarse o en su tramo final.

(81) Luego debería establecerse así, como sucede con la reducción de la jornada de trabajo por guarda de menores o disminuidos. GARCÍA NINET propone el traslado del coste de este permiso a la Seguridad Social, situable entre la protección por «cargas familiares», en la línea del sistema italiano (Ley 903/1977), especialmente porque, siendo un costo empresarial, desequilibra la balanza de oportunidades laborales entre sexos.

(82) Ratificado por España el 20 de agosto de 1988.

(83) R.J. 1988, 712.

(84) O guardería de la zona concertada, como prevé el Convenio Interprovincial de la empresa «Ericsson, S.A.» (BOE de 27 de febrero de 1996) en su artículo 21.

(85) Según la referida Recomendación, la financiación de las instalaciones y asistencia durante la jornada de trabajo debería hacerse *con cargo a la colectividad o en virtud de un sistema de seguro social obligatorio* (III.3.2).

Sin embargo, debe descartarse tal interpretación, pues ausentarse del trabajo implica volver de nuevo a él tras la ausencia. En otro caso se trataría de una reducción de la jornada, que se contempla como modalidad distinta de ejercicio del derecho, restringiéndose su duración a la mitad (media hora). A corroborar este argumento viene la segunda parte del precepto, en la que se permite optar por esta segunda vía: reducir la jornada de trabajo (en lugar de ausentarse). En tal caso, la «ausencia» del centro de trabajo sí podría producirse al inicio o al final de la jornada laboral. Luego si cabe la sustitución del disfrute de una hora por la reducción en media hora de la jornada es que *se trata de dos cosas muy diferentes*, máxime cuando la reducción de jornada sólo lo es de media hora y no de una hora completa (86). No se permite, en consecuencia, según se colige de la redacción del precepto, la conversión de la ausencia en reducción de jornada, sino su *sustitución*, esto es, alterando su duración. Luego podemos distinguir entre sustitución -lo cual implica opción- y *conversión* -implícita en la misma opción: esto es lo que no cabe-.

No obstante, la jurisprudencia ha admitido en diversas ocasiones dentro del concepto de «ausencia» circunstancias que en otras situaciones ha excluido del mismo (por tratarse de auténticas reducciones de jornada). Así cabe citar la STCT de 23 de marzo de 1988 (87), que entiende por ausencia la producida al inicio de la *segunda parte* de la jornada partida, la que comienza tras el descanso posterior a la jornada de mañana, por integrarse dentro de la jornada completa, es decir, por no localizarse ni al comienzo ni al final de ésta, equiparando la jornada partida con la continuada y, por tanto, integrando la ausencia dentro de la interrupción o descanso, que se alargará de tal manera:

«Es permisible que la disfrute al final de la jornada de mañana -una hora antes de su término- o bien antes del inicio de la tarde, incorporándose una hora después, sin que en modo alguno ello suponga disminución de jornada, *ya que el tiempo intermedio entre jornada de mañana y tarde es de descanso preceptivo.*»

En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 23 de enero de 1990 (88) afirma que no constituye disminución de jornada el disfrute de la hora al final de la jornada de mañana o antes del inicio de la de tarde, sino que está en consonancia con el contenido del derecho reconocido por el artículo 37.4, que implica no sólo el derecho a ausentarse una hora del trabajo, sino también a elegir la hora que mejor convenga a las necesidades del recién nacido.

En consecuencia, debe admitirse la posibilidad, de que o bien se interrumpa la actividad una hora antes de la fijada o bien se reinicie la correspondiente a la tarde -o vespertina- una hora después: cabe el disfrute de la hora de ausencia incluso al final de la jornada de mañana o antes del inicio de la de la tarde.

(86) La doctrina excluía de plano dicha posibilidad respecto del artículo 168 LCT. *Vid.* GARCÍA NINET: «Notas...», pág. 17.

(87) RTCT 1988, 139.

(88) A.S. 1990, 26.

2. Respecto de la *cuantificación legal del permiso*, fijada en una hora diaria (89) (cuyo cómputo inicial comenzará a partir del momento que decida el titular del derecho), nos asaltan varias dudas:

- ¿Es realmente suficiente una hora de ausencia para lactar a un bebé, cuando se precisa de este tiempo sólo para realizar el acto de la lactancia, sin contar los desplazamientos desde el puesto de trabajo al lugar donde se halle el recién nacido? ¿Se está pensando sólo en las madres que tengan a sus hijos cerca de su puesto de trabajo, bien por hallarse su residencia habitual cerca de su lugar de trabajo, bien por utilizar para ello unos locales presuntamente habilitados al efecto dentro del centro de trabajo, como se prevé en la Recomendación núm. 95 de la OIT y en el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto? Ello impide a los trabajadores que carezcan de dicha ventaja atender convenientemente a su finalidad alimenticia, dada la escasez de tiempo de que disponen (90). No obstante, si tal situación se produce, cuando ninguno de los progenitores, que gozan «indistintamente» del derecho, pueda asumir adecuadamente la lactancia a causa de la distancia existente entre su residencia habitual y su lugar de trabajo, cabrá acudir a una segunda figura, si la opción de la reducción de la jornada laboral en media hora tampoco resulta de utilidad para alcanzar la función para la que está prevista: la reducción de la jornada por cuidado de un menor de seis años prevista en el número 5 del mismo artículo. Estamos hablando, pues, de un sistema escalonado de opciones en favor del trabajador, que le permite hacer uso de un grado superior de la escala cuando el inferior le resulte insuficiente, teniendo en cuenta, eso sí, que el ascenso de grado supone la consiguiente reducción salarial (hasta desaparecer en el caso de que lo que se solicite sea una excedencia por cuidado de hijos), que puede no convenir al titular del derecho. En todo caso, cabe la ampliación de la duración del permiso vía convenio colectivo.
- ¿Debe entenderse que la hora se disfrutará íntegramente en todos los casos, sea cual sea el tipo de jornada disfrutada por el trabajador o por el contrario que la hora se entiende referida a la jornada ordinaria? Han de considerarse las jornadas a tiempo parcial (91).

Existen argumentos en favor de ambas tesis: en favor del disfrute íntegro del permiso con independencia del tipo de jornada que realice el trabajador obra la propia finalidad del precepto, garantista de los derechos del menor, no subordinables a interés alguno. En favor de la teoría de la pro-

(89) Este período se acomoda al establecido en el artículo 3 d) del Convenio núm. 3 de la OIT de 1919, *sobre empleo de las mujeres antes y después del parto*, pero es inferior al aconsejado por la Recomendación núm. 95 de la OIT de 1952, *sobre protección de la maternidad*, Recomendación III, en la que se dan indicaciones sobre las concesiones que deben hacerse a los trabajadores en período de lactancia: apartado 3.1: «siempre que sea posible, la interrupción para la lactancia de los hijos debería representar una duración total de una hora y media, por lo menos».

(90) Éste es precisamente el supuesto de hecho que se plantea en la STC de 25 de marzo de 1993 (R. 1993, 109, cuestión de inconstitucionalidad núm. 1348/1988), en la que el actor hubo de ausentarse de su puesto de trabajo para atender a la lactancia de su hijo porque su cónyuge no podía hacerlo dentro de los márgenes horarios previstos en el ET, dada la distancia kilométrica existente entre el domicilio familiar y el centro de trabajo.

(91) Sobre la posibilidad de disfrutar del derecho en el contrato de trabajo a domicilio, *vid.* ARNAL MAQUEDA, J.: *El contrato de trabajo a domicilio*. Agrupación Profesional de Trabajo a Domicilio, Barcelona, 1987.

porcionalidad del permiso respecto de la jornada de trabajo disfrutada a título particular por el trabajador, con lo cual la hora de ausencia habrá de reducirse tanto como lo haya sido su jornada de trabajo, puede argüirse la motivación que late en la concesión de un permiso de una hora de duración: la imposibilidad de hacerlo en tiempo inferior si se trabaja a jornada completa. Por tanto, desaparecida la premisa, debe decaer también la consecuencia que se le anuda y, por consiguiente, reducirse el tiempo del permiso *porque la duración de la jornada -reducida- ya hace posible la finalidad perseguida: alimentar al bebé*.

La doctrina apenas se ha pronunciado al respecto y, cuando lo ha hecho, ha sido vacilante (92). Tampoco la jurisprudencia arroja mucha luz sobre el particular, dada la escasez de ocasiones en las que ha tenido ocasión de acercarse al examen del tema. Sin embargo, la importancia del bien jurídico protegido debe motivar su disfrute íntegro en todos los casos, si bien la doctrina señala que la retribución debería financiarse con cargo a fondos públicos, para no desvirtuar el carácter sinálgámico del contrato de trabajo (93).

3. El artículo 37.4 impide la acumulación del derecho por el padre y la madre a la vez, pues habla de disfrute «indistinto» (94) por ambos siempre que los dos trabajen, es decir, disfrute alternativo, no cumulativo. Pero ¿es posible la acumulación en sentido «inverso», es decir, por razón no de la existencia de dos progenitores, sino de dos o más hijos? Estamos refiriéndonos a la *posibilidad de acumular varios derechos* cuando en lugar de uno sean varios los lactantes.

La dicción del precepto permite dar una respuesta afirmativa a tal cuestión, pues contempla el supuesto de la «lactancia de un hijo menor de nueve meses». Si en lugar de utilizar el determinante cuantitativo se recurriera al indefinido *algún* o, mejor, del plural *hijos* (o de la expresión hijo o hijos), entonces se cerraría la posibilidad que estamos considerando, pues no cabría más interpretación que el reconocimiento por parte de la norma de un solo derecho, o lo que es lo mismo, del derecho a una sola hora de ausencia del trabajo. Si tenemos en cuenta que el artículo 48.4, en sede de suspensión del contrato por maternidad contempla el supuesto del parto múltiple, que da lugar a una ampliación del período de descanso, previsión que se halla ausente en el artículo 37.4, la conclusión lógica a la que llegaremos es que si el legislador hubiera querido prever la hipótesis en materia de lactancia, lo habría hecho, como sucede en cuanto al parto, y que si no lo ha hecho ha sido porque no le ha interesado que así fuera y, por tanto, que concede un derecho uniforme independiente del número de hijos nacidos en el parto.

Si acudimos a la interpretación histórica del precepto, tal y como hace la STCT de 18 de junio de 1985 (95), así como la STSJ de Canarias/Las Palmas de 24 de mayo de 1991 (96), que la interpreta, no encontraremos argumentos contundentes en favor de una u otra interpretación, pues mien-

(92) V.g. GARCÍA NINET (*loc. cit.*, pág. 37), que se inclina por la tesis de la proporcionalidad, acaba por concluir que «el tema es de todos modos poco claro».

(93) MERINO SENOVILLA, H. (*El trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova, Valladolid, 1994).

(94) El Diccionario de la RALE lo define como «sin distinción, sin motivo de preferencia».

(95) R. 1985, 4063.

(96) A.S., 1985, 3406.

tras el artículo 168 LCT de 1944 (97) utiliza un término generalizador («mientras tengan *hijos* en período de lactancia, tendrán derecho a...»), que avala la tesis de que debe entenderse que la hora no es ampliable, sea cual sea el número de hijos lactantes, el artículo 25.5 de la LRL de 1976 (98) acude a un posesivo singular («su hijo»), que permitiría (al igual que el actual «un hijo») la interpretación flexible en favor de la acumulación de períodos de ausencia.

De ello deduce el TCT que el legislador ha querido sustituir, a partir de la LRL, el plural por el singular, lo cual, según la Sentencia de 24 de mayo de 1991 del TSJ de Canarias/ Las Palmas (99), «puede querer decir» lo que estamos argumentando (la posible acumulación de dos horas de permiso, en lugar de una), «pero no puede con eso llegarse a conclusión definitiva».

Se alude también en la referida sentencia a la Orden de 22 de noviembre de 1973 (100), que desarrolla el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto (101), en el que se repite el número plural (hijos) utilizado por la LCT, cerrando el paso a la interpretación extensiva. Puesto que la disposición final 4.ª ET de 1980 conservaba la vigencia de dichas disposiciones, se entendía vigente también el sentido del término (por tanto, cabe una sola hora de ausencia): así lo considera la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 1990 (102), que reproduce la posterior STSJ de Canarias/ Las Palmas de 24 de mayo de 1991 (103). Sin embargo, dicha interpretación queda descartada a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994, que deroga expresamente la disposición final 4.ª, con ello la Orden de 22 de noviembre de 1973 y el Decreto 2380/1973. Por tanto, debemos encontrarle al término el sentido exacto en el artículo 37.4 del actual Texto Refundido del ET de 24 de marzo de 1995, prescindiendo de tales referencias, que han pasado a ser sólo elementos de interpretación históricos.

El precepto dice «*un hijo*» y «*una hora*», y por eso deja la puerta abierta a otras consideraciones, como la de entender que se está regulando el supuesto general o común (es decir, que nazca un solo hijo del parto), conteniendo la norma en realidad una regla de proporcionalidad que habrá de ajustarse al caso concreto, efectuando una aplicación justa de la norma (pues será mayor la carga para la persona que haya de lactar no a un solo hijo, sino a dos o más) y por tanto concediendo dos horas a quien en lugar de uno tenga dos hijos lactantes. Así se argumentó por el Juzgado de lo Social número 2 de Las Palmas en su Sentencia de 11 de diciembre de 1990, en la que concedió el derecho a ausentarse durante dos horas del trabajo «para atender a los dos hijos habidos en el mismo parto».

El razonamiento que utiliza la STCT de 18 de junio de 1985 (104) para concluir la existencia de un derecho múltiple según el número de hijos habidos en el parto -o en la adopción, si es el caso- es contundente y se basa en una premisa que hemos venido defendiendo desde el comienzo de esta

(97) R. 1994, 274.

(98) R. 1976, 766.

(99) A.S. 1991, 3406.

(100) RCL 2252.

(101) RCL 1810 y 1922.

(102) R. 48.

(103) A.S. 1991, 3406.

(104) R. 1985, 4063.

obra: *la titularidad del derecho corresponde directamente no al trabajador o trabajadora, sino al menor*, en este caso lactante, puesto que es a él a quien está protegiendo la ley. Y, por consiguiente, habrá tantos derechos como hijos lactantes o, lo que es lo mismo, titulares de aquél. De ahí que si los hijos son dos, dos serán los derechos y dos las horas de ausencia del trabajo (105). Así se desprende también de la STSJ de Canarias/ Las Palmas de 24 de mayo de 1991 (106):

«En consecuencia, el titular tiene derecho a su hora completa, sin compartirla con su hermano, lo que, unido al principio *in dubio pro operario*, lleva a la conclusión de que lo procedente es atender a cada hijo una hora.»

Volviendo a la primera de las dos sentencias referidas, para llegar a tal conclusión, el Tribunal Central de Trabajo realiza una triple interpretación del precepto: gramatical, histórica y teleológica, que, por su interés, trataremos de sintetizar aquí, pues compendian todos los argumentos esgrimibles para defender el reconocimiento de un derecho que llamaremos «ampliable». Ya que la interpretación gramatical no conduce a resultados clarificadores, por cuanto «un puede ser artículo indeterminado o adjetivo numeral», el Tribunal insta a acudir «al contexto y a los antecedentes históricos». Para llevar a cabo la exégesis histórica, se recurre al análisis del artículo 168 LCT, cuya lectura permite afirmar que la eliminación del plural de «hijos en período de lactancia» por el singular «un hijo», ya utilizado en la Ley de Relaciones Laborales («su hijo»), indica el propósito del legislador de conceder la licencia *por cada hijo* que se encuentre en período de lactancia.

Por último, según se desprende de la interpretación teleológica de la norma, si el bien jurídico protegido es el derecho a la lactancia del recién nacido, no debe limitarse en su extensión al compartirlo con otros en caso de parto múltiple. Recurre el Tribunal, asimismo, a la aplicación del principio *in dubio pro laboro* y a la consideración de las dificultades que se le presentan a la madre para atender a varios recién nacidos a la vez. Especiales molestias que justifican una ampliación de la duración del permiso para que éste no pierda su sentido, lo cual no sería sino adaptar la literalidad de la norma a una realidad que, siendo normal y natural, no constituye la regla general.

De la tesis que acaba de formularse, cabe inferir dos nuevas conclusiones:

- 1.ª Cabe la acumulación de derechos en ambos progenitores, ya que, tratándose de dos horas de ausencia, puede ser disfrutada cada una de ellas, en caso de ser la lactancia artificial, por cada uno de los progenitores, lo cual posibilita que ambos compartan las responsabilidades familiares. Ello redundaría, además, en beneficio de la organización empresarial, a la que se causa un menor perjuicio si en lugar de ser dos las horas a disfrutar por un mismo trabajador, éstas se reparten de modo que se reduzca el tiempo de ausencia a una sola hora.

(105) GARCÍA NINET (*loc. cit.*, págs. 39-40) apoya la idoneidad de la solución, pero admite que «comporta una elevada carga empresarial en detrimento de la deseable igualdad entre los trabajadores de uno y otro sexo, pues es evidente y constatado que las mujeres encuentran mayores dificultades de empleo por estas razones».

(106) A.S. 1991, 3406.

- 2.ª Admitida la acumulación de horas, habrá que concluir que si el trabajador o trabajadora opta por una reducción de jornada, ésta deberá ser correlativamente de una hora, en lugar de media. Sólo así se guarda la proporción justa.

6. Posible división de la hora de permiso en dos fracciones.

El artículo 37.4 concede dos tipos de opciones en favor del trabajador beneficiario del derecho:

1. División de la hora de ausencia en dos fracciones: «*que podrá dividir en dos fracciones...*»
2. Sustitución de la ausencia por una reducción de la jornada en media hora. Esta posibilidad será objeto de análisis en el epígrafe siguiente.

La hora de ausencia puede dividirse, a elección de la madre, en dos fracciones. Es decir, la elección corresponde al titular del derecho: la madre o el padre, según el caso, que basarán su decisión en las necesidades de su hijo.

La división de la hora de ausencia en dos fracciones parece estar pensada para trabajadores cuya residencia habitual se halla próxima al lugar de trabajo (pues un desplazamiento mayor haría imposible la finalidad a la que atiende la norma) y, además, en un supuesto de lactancia artificial, pues la lactancia natural apenas puede realizarse materialmente en un período tan breve de tiempo (pues en realidad deberíamos contar no con media hora, sino con algunos minutos menos, si tenemos en cuenta que la trabajadora debe primero ausentarse y luego regresar a su puesto de trabajo, actos que le llevarán algún tiempo, por breve que sea éste).

Puesto que el precepto no menciona que las fracciones deban ser de duración idéntica (107), a diferencia del sistema seguido por el artículo 168 LCT (108) (que hablaba de dos medias horas), debe inferirse que la división se efectuará a discreción de la madre -o el padre-, facultados para sustituir la hora continuada por dos fracciones de hora, debiendo comunicar al empresario en todo caso cuál ha sido su elección. Por tanto, puede ser una de ellas mayor que la otra, de manera que si la primera ausencia lleva más tiempo del previsto por la trabajadora, ésta podrá compensarlo con la segunda.

(107) Así se preveía expresamente también en el artículo 3 d) del Convenio núm. 3 de la OIT, *sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto*: «dos descansos de media hora». Sin embargo, el núm. 103 de 1952 sustituyó la referencia expresa a la duración de la pausa por una remisión a las legislaciones nacionales, utilizando en su artículo 5 una fórmula más ambigua: «si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada para interrumpir su trabajo para este fin *durante uno o varios períodos*, cuya duración será determinada por la legislación nacional».

(108) También el artículo 5 del Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, de aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961, en materia de derechos laborales de la mujer trabajadora.

Por otro lado, las dos fracciones tampoco tienen por qué disfrutarse en jornadas diferentes del día (mañana y tarde), como sucediera en la Ley de 13 de marzo de 1900, sino de acuerdo con el criterio de la madre.

Respecto del ejercicio de la opción, se plantean dos tipos de cuestiones:

Primera: ¿puede el trabajador ejercer la opción día a día, en función de las circunstancias o necesidades actuales, o deben por el contrario efectuar una elección *ab initio*, sin posibilidad de alterarla posteriormente? Creemos, por las razones argumentadas con anterioridad, que la opción debe ejercerse flexiblemente, sin que ello signifique incurrir en abuso de derecho [lo cual sucedería en el caso de que el ejercicio del mismo, por su carácter arbitrario, produjera perjuicios a la empresa (109)].

Segunda: la posibilidad de «repartir» la hora de permiso entre los dos progenitores (si es que ambos trabajan), de modo que cada uno de ellos goce de una de las dos fracciones en las que cabe dividir la hora correspondiente. Ello constituiría un supuesto de ejercicio simultáneo del derecho por parte de ambos trabajadores.

7. Sustitución de la ausencia por una reducción de jornada en media hora.

El artículo 37.4 concede una segunda opción al titular del derecho al permiso para ejercitarlo: «la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora...».

El precepto otorga la titularidad de esta opción en exclusiva a la mujer. Debemos dar aquí por reproducidas las consideraciones ya realizadas en epígrafes anteriores en torno al sujeto titular del derecho, a las que adicionamos las siguientes.

La primera cuestión a dilucidar, que constituye el presupuesto de partida para la configuración jurídica de esta opción, es la del concepto de «jornada normal». ¿Qué entiende el precepto o qué debemos entender por *jornada normal*? ¿la que disfruta el trabajador o trabajadora a título individual o la que disfrutan todos los trabajadores de la empresa, la pactada en convenio colectivo o bien la *legalmente* establecida, es decir, la jornada máxima (prevista en el segundo párrafo del art. 34.1)?

(109) Pensemos en un trabajador cuyas funciones representativas de la empresa impliquen asistir a reuniones o atender a clientes a los que no se puede abandonar en el transcurso de una discusión o bien hacerles esperar hasta el regreso del trabajador que se ha ausentado sin advertencia previa sobre el momento en el que lo haría, contrariando los intereses de la empresa.

La respuesta a esta pregunta la proporciona la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 28 de mayo de 1990 (110), en la que el Tribunal entiende que «dicho precepto autoriza la reducción de *la jornada normal* -que se identifica como sinónimo de ordinaria-, que es de ocho horas diarias o 40 semanales», tal como prevé la Ley 4/1983, de 29 de junio, derogada por la disposición derogatoria única del Texto Refundido del ET (R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). Es decir, se está considerando como jornada ordinaria la jornada máxima establecida por el artículo 34.1. Con ello está excluyendo, pues, la aplicación del número 1 del artículo 34, que prevé la regulación de la duración de la jornada ordinaria de trabajo mediante convenio colectivo o contrato de trabajo. Se trataría de una *interpretación que pasa por alto la función del convenio colectivo, y, por tanto, recha- zable*. Por consiguiente, *cuando la jornada pactada sea inferior a la ordinaria máxima, habrá que estar a ésta*.

En segundo lugar, considera el Tribunal que, cuando no se trate de una *jornada normal*, sino *reducida*, no cabrá reducción alguna. En este sentido, se afirma que ni siquiera cabe una reducción proporcional a la jornada disfrutada por el trabajador, ya de por sí reducida, y la razón de ello es de pura lógica, fundamentándose en la propia finalidad del derecho que concede el artículo 37.4: para lo cual el trabajador o trabajadora necesita un tiempo adicional que debe ser reducido de la jornada labo- ral. Pero si ya dispone de ese tiempo *-ergo* puede atender a dicha necesidad-, no es necesaria en este caso la figura que se regula en este precepto, que perdería así su significado. Por tanto, podemos hacer extensiva esta conclusión a la otra modalidad de ejercicio del derecho, es decir, como ausencia del trabajo durante el período de una hora o dos fracciones de dicho período. Nada se dice sobre el par- ticular en esta sentencia, que sólo se refiere a la acumulación de dos reducciones de jornada.

La diferente naturaleza de la ausencia del trabajador respecto de la reducción de jornada nos puede hacer pensar que cabría tal posibilidad, pero si atendemos a la finalidad que con ello se per- sigue, nos resulta una identidad de supuestos, y, por tanto, debemos llegar a la misma conclusión, afirmando la incompatibilidad del ejercicio de ambos derechos. Sin embargo, las mismas razones que nos servían para defender el derecho del beneficiario de escoger el momento oportuno de ejer- cicio de su derecho a lo largo de la jornada laboral en función de las necesidades del lactante nos pueden llevar a argumentar que, si dichas necesidades se centran en un período de la jornada en el que el trabajador está desarrollando su trabajo, es decir, que no queda recortado por la reducción de jornada, debería permitírsele atender a dichas necesidades. Pero es que entonces la reducción de la jornada perdería su sentido, si su finalidad se cubriera en otro período horario diferente al concedi- do expresamente para ello, máxime teniendo en cuenta que la franja horaria de trabajo se hará depen- der precisamente de esas necesidades del menor.

En consecuencia, deben hacerse extensibles las conclusiones a las que llega el TSJ de Castilla y León en su Sentencia de 28 de mayo de 1990 (111) en materia de reducción de jornada por lactan- cia de hijo menor de nueve meses, también al derecho a ausentarse del trabajo por lactancia, que regula el mismo precepto -art. 37.4-, y con base en las mismas razones:

(110) A.S. 1990, 2313.

(111) Véase nota anterior.

«Resulta evidente, de la interpretación del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, sino también del espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil), que *la reducción de jornada por lactancia solamente puede aplicarse en caso de realizarse la jornada normal* que, conforme al artículo 34.2 del propio Estatuto (aunque con carácter de máxima) está establecida en cuarenta horas de trabajo efectivo, de donde se infiere que *si la jornada de trabajo real es inferior a la normal, cualquiera que fuere su causa, se carece de derecho a aquella reducción, ni aun a su parte proporcional de 2/3 de media hora*, como se pide en la demanda y ello ha de ser así porque históricamente el permiso o cese laboral (temporal) por lactancia obedece a la necesidad natural de atender a esa función fisiológica y deber primordial de la madre respecto a su hijo en los primeros meses de vida, de donde resulta que si el tiempo de permanencia en la empresa no alcanzaba la duración habitual y completa del horario de trabajo, la necesidad imperiosa de dar la lactancia podía atenderse normalmente en las demás horas disponibles que permite la jornada de trabajo reducida.»

En contra, la opinión mantenida por LÓPEZ GANDÍA y SALA FRANCO (112), quienes sostienen la proporcionalidad del permiso a la jornada realizada por el trabajador (siendo ésta parcial, menor será la duración del permiso). SALA FRANCO mantiene que cabe la reducción, además de en los contratos a tiempo parcial, si bien el permiso será proporcional (LÓPEZ GANDÍA), en las reducciones de jornada disfrutadas a título individual como condición más beneficiosa pactada contractualmente, para lo cual cita la STCT de 16 de abril de 1985 (113). En el mismo sentido, las SSTCT de 30 de enero de 1981 y 4 de septiembre de 1984 (114).

Lo que parece no resolverse, sin embargo, es el supuesto de que no exista la circunstancia que argumenta el TSJ de Castilla y León, en la sentencia a la que se ha hecho alusión, es decir, que efectivamente no se disponga de las horas libres que proporciona la realización de una jornada de trabajo reducida, porque el trabajador preste servicios para dos o más empresas a tiempo parcial (pluriempleo). En este caso, la opción más ajustada sería la de hacer divisible por todos los empleadores la duración total del período del permiso por lactancia, por aplicación analógica de la regla distributiva que rige en materia de cotización a la Seguridad Social (según la cual las bases de cotización mínima y máxima han de distribuirse entre todas las empresas).

El precepto concede el derecho a reducir la jornada en media hora. Parece, pues, que el legislador entienda suficiente esa reducción de media hora, pues se coloca al inicio del período de descanso (STCT de 21 de diciembre de 1978). En contra, la STCT de 23 de marzo de 1988, que aboga por la concesión de una hora también cuando se opte por la reducción de jornada. Tratándose de

(112) *Tribuna Social...*, págs. 10 y 11.

(113) RTCT 1985, 2524.

(114) RTCT 1981, 607 y 1984, 6778.

parto múltiple, la reducción deberá ser proporcionalmente mayor, según el número de hijos nacidos. Así lo entiende la jurisprudencia. En tal caso, debemos inferir, puesto que el derecho es indistinto, que cabe la acumulación de reducciones de jornada en el padre y la madre de los hijos nacidos del parto múltiple, repartiéndose entre ambos las medias horas de reducción que corresponden por cada hijo.

En cuanto al modo en el que habrá de realizarse dicha reducción, entendemos que se rige por las mismas normas que la reducción de jornada por cuidado de un menor de seis años o mayor disminuido. Por consiguiente, nos remitimos al análisis de aquéllas, que realizamos en el epígrafe siguiente. Sin perjuicio de ello, señalar que el titular del derecho es el facultado para señalar en qué términos va a disfrutar del mismo, decidiendo en qué período -inicial y final- de la jornada va a situarlo, «recortándola», sin cortapisas, pues el precepto es contundente al afirmar «por su voluntad», no dejando lugar a la intervención del empresario en la sustitución de una modalidad de otra: por consiguiente, éste habrá de estar en lo que el trabajador estime más conveniente para su hijo. Tal facultad incluye asimismo su distribución en dos períodos -proporcionales o desiguales-: al inicio y al final de la jornada.

Tratándose de jornada partida, si entendemos, siguiendo al Tribunal Central de Trabajo (S. de 23 de marzo de 1988), que el disfrute de la ausencia entre la jornada de mañana y la de tarde no constituye reducción de jornada sino mera ausencia, o «descanso preceptivo», habríamos de excluir el supuesto de que se distribuyera la media hora de reducción de jornada entre el inicio o final y su interrupción para el almuerzo del mediodía. Es decir que, aun tratándose de jornada partida, la reducción sólo podría situarse al comienzo o al final de la misma, de igual modo que en régimen de jornada continuada.

8. Posible acumulación de derechos.

Durante sus primeros nueve meses de vida, el bebé necesita de una atención personal más intensa, en especial en lo que se refiere a la alimentación. Es por ello que puede darse la simultaneidad de los supuestos de hecho previstos por los números 4 y 5 del artículo 37 en el mismo *beneficiario* (115). Ahora bien, ¿cabe la acumulación de ambos derechos también respecto del mismo *titular*? Y de admitirse tal hipótesis, ¿cuál sería el régimen de cada uno de los derechos: cada uno de los progenitores ostentaría uno de ellos o el mismo titular ejercería simultáneamente los dos?

Abordemos en primer lugar la primera de las dos cuestiones, la posible acumulación de derechos por parte de un mismo titular, que ha de constituir la premisa para responder a la segunda.

En principio, la respuesta a la misma debe ser afirmativa, puesto que ninguna norma establece nada en contrario: aunque ambas aluden a un supuesto concreto de concurrencia, se declara la incompatibilidad de diversos ejercicios del mismo derecho (cuya titularidad es indistinta por parte

(115) No sucede lo mismo con el permiso por maternidad que regula el artículo 48.4 ET.

de los progenitores), pero no la de derechos distintos. Y, aunque ambos tengan como beneficiario al mismo sujeto, su finalidad es diversa: mientras en el caso de la lactancia es fundamentalmente la de alimentar al bebé, en el de la reducción de jornada es su cuidado en general. Siendo su finalidad diferente, declarar su incompatibilidad sería como declarar la incompatibilidad del derecho con cualquiera de las otras ausencias autorizadas en el número 3.º del artículo 37. La conclusión debe ser favorable a la admisión de ambos derechos de forma simultánea (116), y así lo ha hecho la jurisprudencia tradicionalmente, ya con anterioridad al texto del ET de 1980, en aplicación de la norma cronológicamente anterior: el artículo 25 de la LRL: v.g., STCT de 9 de febrero de 1978 (117), que reconoce el derecho a la acumulación de ambos derechos sobre la base de la diferente naturaleza de los dos (118), pues de ser similares, habrían «quedado refundidos en uno solo». También la doctrina se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de derechos: así, GARCÍA NINET y ALONSO LIGERO (119).

Admitida la compatibilidad de derechos, restará por resolver el segundo problema: el régimen de funcionamiento conjunto de ambos. La pregunta es si la facultad de su ejercicio ha de atribuirse a titulares diferentes -el padre y la madre-, a uno solo -el padre o la madre- o a opción de los padres, y si podrán alterar la opción una vez estén en el disfrute del derecho. Lo más coherente es optar por la última de las soluciones: es decir, que sean los titulares del derecho quienes decidan el sistema de reparto de derechos, con la posibilidad de que uno solo de ellos pueda acumular los dos. Asimismo, debe admitirse la posibilidad de que la opción abarque la facultad de alterar la elección con posterioridad, intercambiando a los sujetos ejercientes de cada derecho, del mismo modo en que era posible modificar diariamente el horario de disfrute del permiso por lactancia (núm. 4) y variar el horario de trabajo de la jornada reducida (núm. 5) según las necesidades del menor, siempre que ello no dificulte o entorpezca en demasía el régimen de trabajo de las respectivas empresas. Si eso sucede, aun primando el interés del menor, al que debe acomodarse el ejercicio de ambos derechos, debería tenerse en cuenta dicha circunstancia -el sistema de trabajo de la empresa, en el que está inmerso todo el personal de la plantilla- para intentar modular los derechos sin causar perjuicios innecesarios. Ahora bien, si dicho perjuicio es inevitable, el interés tutelado por la norma debe pasar por delante de otros intereses, personales o empresariales, de valor inferior, como confirma la jurisprudencia más reciente en torno a la reducción de jornada de trabajo por cuidado de menores (120).

9. La retribución del permiso.

La propia naturaleza de «permiso» del derecho que regula el artículo 37.4 ET implica necesariamente su -valga la expresión- *retribuibilidad*. No podía ser de otra manera si se desea garantizar el derecho reconocido, y así lo han entendido los textos internacionales citados.

(116) Incluso por parte del mismo titular, según entiende LOUSADA AROCHENA (*op. cit.*, pág. 38).

(117) R.J. 800.

(118) Y sobre la diferente titularidad de ambos, argumento insostenible respecto del actual texto del artículo 37.4, a partir de la reforma de 1989.

(119) GARCÍA NINET: «Notas...», *op. cit.*, págs. 36-37, y ALONSO LIGERO, *op. cit.*, pág. 368, respectivamente.

(120) STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 1993 (A.S. 1993, 5108), STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 1994 (A.S. 1989, 671), STS de 16 de junio de 1995 (R. 1995, 4905) y STSJ de Aragón de 14 de febrero de 1996 (A.S. 1996, 229).

El aspecto que aquí queremos tratar es precisamente cuál es el régimen de la retribución del permiso: qué conceptos se entienden incluidos o excluidos del salario correspondiente al período de la jornada que el titular del derecho dedica a su ejercicio.

En principio, de la redacción del precepto -«sin pérdida de retribución»- debe inferirse que se conserva el salario en los mismos términos en los que se estaba percibiendo por la jornada ordinaria, sin disminución proporcional de sueldo base ni de complementos salariales [STS de 20 de mayo de 1992 (121)], salvo existencia de mejora colectiva. Ahora bien, la respuesta a tal cuestión no resulta tan diáfana en lo que se refiere al segundo de los elementos: los complementos salariales, ya que el precepto «no menciona expresamente los conceptos que deben incluirse» (122). En este punto la litigiosidad, si bien no alcanza cotas elevadas, sí está presente. Debe citarse, en este sentido, la STSJ de Navarra, de 11 de octubre de 1993 (123), en la que se rechaza la posible detracción de la prima de producción correspondiente a licencias retribuidas, siendo insuficiente su carácter de «complemento por cantidad de trabajo», que resulta minorada en caso de disfrute del permiso, pues ello significaría desvirtuar la propia finalidad del permiso.

10. Incidencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la jornada de trabajo, con especial referencia a la reducción de jornada por lactancia.

En la regulación de la lactancia por parte del Ordenamiento jurídico-laboral incide la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, que incluye en su artículo 26 medidas dirigidas a la protección de la salud de la madre y el hijo en período de lactancia, que constituyen la transposición de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia* (124) en relación con la cual (125) han de ser interpretadas:

(121) R.J. 1992, 3581: «salario base y complementos salariales que suman el salario real».

(122) STSJ de Navarra de 11 de octubre de 1993 (A.S. 1993, 4260).

(123) A.S. 1993, 4260.

(124) Así se afirma en el primer párrafo del Preámbulo de la Ley 31/1995 «la presente Ley transpone al Derecho español la (Directiva 89/391/CEE), al tiempo que incorpora (...) disposiciones de otras Directivas (...), como son las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE...», siendo todo ello, junto al artículo 40.2 de la Constitución Española (que insta a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo), «el soporte básico en que se asienta la presente ley». El origen de la Directiva protectora de la maternidad ha de situarse en el artículo 118 a) del Acta Única Europea, fruto del cual es la Resolución de 21 de diciembre de 1987 del Consejo de las Comunidades Europeas, donde queda dibujado el *Programa de la Comisión sobre seguridad e higiene y salud en el lugar de trabajo*, surgiendo de éste la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, *sobre medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo*, de la que constituye desarrollo (especialmente su art. 16.1, sobre protección especial de los «grupos especialmente sensibles») la 92/85. El contenido de dicha Directiva se había plasmado, asimismo, por lo que a la protección de la maternidad se refiere, ya con anterioridad: así, en los artículos 45.1 d) y 48.4 ET -sobre suspensión del contrato de trabajo por maternidad y excedencia por cuidado de hijos-, y en los artículos 133 *bis* a *quinquies* de la LGSS -en materia de prestaciones de la Seguridad Social-.

(125) Así como con otros textos provenientes de la OIT y dirigidas a la protección de la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo, todas ellas de signo prohibitivo: Recomendación núm. 4, de 1919 (prohibición de realizar trabajos en contacto con cinc y plomo), Recomendación núm. 95, de 1952 (prohibición de trabajo nocturno y la realización de

«1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una *adaptación de las condiciones* (126) o *del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada*. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

(...) 3. Lo dispuesto en los anteriores números de este artículo *será también de aplicación durante el período de lactancia*, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora.»

Entre dichas medidas, que permiten a la trabajadora seguir prestando servicios en su puesto de trabajo durante la situación de embarazo y lactancia, y que ya se preveían en el artículo 21.1 c) de la Ley 14/1986, General de Sanidad (127), se encuentra la «adaptación del tiempo de trabajo» (128) para evitar la exposición al riesgo (129) detectado en la evaluación que prescribe, que puedan influir

horas extraordinarias, los trabajos de carga que exijan esfuerzo físico excesivo o la utilización de ciertas máquinas, durante un período que se puede extender más allá de los tres meses posteriores al parto), Convenio núm. 127, de 1967 (restricción en cuanto al transporte manual de carga), Recomendación núm. 128, de 1967 (prohibición de realizar durante el embarazo y las diez semanas siguientes al parto transporte manual de carga si, según prescripción médica, es desaconsejable para la salud de la madre o del hijo), y Convenio núm. 136, de 1971 (prohibición de trabajos en contacto con benceno).

- (126) El artículo 4.7.º de la Ley 31/1995 entiende por «condición de trabajo» «cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador», quedando específicamente incluidos en la anterior definición «todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador».
- (127) «...se vigilarán las condiciones de trabajo y ambientales que puedan resultar nocivas o insalubres durante los períodos de embarazo y lactancia de la mujer trabajadora, acomodando su actividad laboral, si fuese necesario a un trabajo compatible durante los períodos referidos.»
- (128) Medida idéntica a la prevista por el artículo 5.1 de la Directiva 92/85, así como la anterior 80/836/EURATOM, de 15 de julio de 1980, en cuanto a la exposición a radiaciones ionizantes (arts. 7.2 y 8.2 y 3) y 82/605/CEE, de 28 de julio de 1982, sobre protección en materia de riesgos derivados del plomo metálico y sus compuestos (art. 11.1). También en tal sentido apuntaba la Recomendación de la OIT núm. 95 de 1952, sobre protección de la maternidad, cuyo epígrafe V (en torno a la protección de la salud de la trabajadora embarazada), párrafo 5.º, instaba a la *distribución de las horas de trabajo* para facilitar el descanso «adecuado» de la trabajadora en período de embarazo.
- (129) El artículo 4.2 de la ley define el concepto de «riesgo laboral» como «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo», para cuya calificación desde el punto de vista de su gravedad «se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo». Los Anexos de la Directiva 92/85/CEE recogen una enumeración de los riesgos (agentes, procedimientos y condiciones de traba-

en «la lactancia de las trabajadoras» (130). Ello supone, pues, introducir una *nueva modalidad de reducción de jornada por lactancia* (131), no dirigida a facilitar dicha función -como la prevista en el art. 37.4 ET-, sino a la protección de la salud de la madre y del hijo lactantes.

Una de las principales notas destacables de esta *segunda reducción de jornada por causa de lactancia* es su aplicabilidad no sólo a las relaciones laborales, sino también en el ámbito de la función pública (así se prevé en el art. 3 de la ley).

El examen de esta nueva figura nos permite subrayar las siguientes particularidades:

- La reducción de jornada no es inherente al estado biológico de la trabajadora o del nacimiento de su hijo, es decir, no opera de modo automático, sino sólo cuando exista *riesgo* para la salud de uno de los dos o de ambos a la vez (madre e hijo), que repercuta en «la lactancia de la trabajadora», a la que alude el número 3 del artículo 26, que dispone la aplicabilidad en período de lactancia de las normas referentes a la protección de la salud del feto y de la trabajadora durante el embarazo, contenidas en el artículo 26.

Ahora bien, el precepto no calibra el alcance del riesgo, sino que únicamente se refiere a un «riesgo específico», de lo cual debe deducirse la aplicabilidad de la medida preventiva en todo caso, una vez detectado el riesgo [o, mejor dicho, la *posibilidad* del riesgo (132)] y con independencia de su importancia.

Existiendo dicho riesgo (es decir, la potencialidad de que se desarrolle o agrave una alteración física o psíquica, patología o malformación del feto, de la madre o, en el supuesto específico que tratamos, del hijo ya nacido, precisamente por ser mayor la probabilidad de que ello ocurra en dichas situaciones), será preciso no obstante que «así lo certifique el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora». Por tanto, y a diferencia de lo previsto en la Directiva 92/85 (133), se exige una doble evaluación de riesgos: la con-

jo) que pueden afectar a la trabajadora gestante o lactante. Dichos elementos han de considerarse instrumento orientador de la evaluación de riesgos que se lleve a cabo por la empresa. Idéntica finalidad tiene el Convenio de la OIT núm. 136, de 23 de junio de 1973 (art. 11.1).

- (130) Se trata de un deber de protección específico, que se adiciona al deber genérico -respecto del colectivo de trabajadores de la empresa- impuesto al empresario por el artículo 4.2 d) ET y la Ley 31/1995.
- (131) La lactancia puede ser futura -así se contempla en el número 1 del art. 26-, en cuyo caso el estado de la trabajadora es el de embarazo, como actual -la prevista en el número 3 del mismo artículo-. No obstante, nos centraremos en la segunda de las situaciones -la lactancia actual-, por hallarnos en sede de permisos por lactancia.
- (132) El número 1 del artículo 26 habla de «riesgo o posible repercusión sobre la salud...». Por consiguiente, no es preciso que el riesgo se haya actualizado, sino que sea contingente.
- (133) La Directiva tampoco exige en su artículo 7.1 que el certificado médico haya de ser expedido por facultativo de la Seguridad Social: «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 1 no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante el embarazo o durante un período consecutivo al parto, que será determinado por la autoridad nacional competente en materia de seguridad y salud, a reserva de la presentación, según las modalidades fijadas por los Estados miembros, de un certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o la salud de la trabajadora afectada.»

templada por el artículo 16 (134) [evaluación inicial de riesgos, en el marco de la acción preventiva de la empresa (135)] y la realizada por el facultativo respecto de la persona concreta de la trabajadora. Sólo cumpliéndose ambos requisitos será posible aplicar una medida preventiva. Dicho requisito plantea otras cuestiones que trataremos de desbrozar aquí:

- En primer lugar, destacar el hecho de que la ley parece estar concediendo menor importancia a la lactancia sobre el embarazo o parto reciente, al imponer las mismas precauciones para la ejecución de las medidas preventivas previstas en el número 1 que si se tratase de una medida del calibre de una modificación funcional (movilidad funcional), contemplada en el número 2 (para la que sí se precisa certificado médico).
- El certificado médico exigido por el precepto ha de ser expedido por el facultativo de la Seguridad Social que atiende a la trabajadora (136). En consecuencia, impone la competencia del facultativo de la Seguridad Social e impide a la trabajadora acudir a aquel que desee, pertenezca o no a la Sanidad pública. El resultado de la presente regulación, que pretende introducir mayores dosis de control para lo que se entiende como medida especialmente compleja y entorpecedora para la organización empresarial (la movilidad funcional, prevista por el núm. 2 del art. 26), pero que se traslada al estado subsiguiente al embarazo y parto -la lactancia-, es la atribución de efectos a un certificado médico y la descredición legal de otro -el del médico ajeno a los servicios de la Sanidad pública-, con lo cual la trabajadora que acuda a una consulta privada habrá de realizar una segunda visita al facultativo público para que le sea efectuado un segundo reconocimiento y, por tanto, segundo diagnóstico. A aquélla le resta, pues, una última alternativa, para evitar tal duplicidad (y su correlativa duplicidad de ausencias al trabajo, cuando los exámenes médicos no puedan llevarse a cabo en horario distinto): renunciar a hacer uso de la medicina privada.

• Cabría también entender que el certificado médico sustituye a la medida prevista en el número 1 del artículo 26 (la evaluación de riesgos). Sin embargo, debe rechazarse tal interpretación, por contenerse en el número 1 referencia expresa a la lactancia (aunque pueda entenderse como lactancia no actual sino futura, ya que el artículo habla de «trabajadoras en situación de embarazo o de parto reciente»). En cualquier caso, el número 3 viene a ser una mera reiteración de lo ya previsto en los números anteriores, si bien incorporando un requisito adicional ausente en el número 1, pero exigido en el número 2 para proceder a la modificación que propone (movilidad funcional).

(134) Artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE.

(135) Cuyos resultados obligarán al empresario a adoptar las necesarias medidas preventivas, de carácter general, tendentes a evitar la exposición al riesgo de las trabajadoras necesitadas de especial protección por razón de su estado o de su función de amamantamiento del recién nacido.

(136) Cuando se trate de una de las medidas que podemos situar en un grado más alto de intensidad de protección (si graduáramos las diferentes medidas que contempla el art. 26 de la LPRL), el certificado médico que exige el núm. 2 podría haber sido expedido como resultado de los exámenes prenatales para cuya realización concede un permiso el núm. 4 del mismo artículo, que no impone la actuación de médico de la Sanidad pública.

• Es el elemento de la obligatoriedad del certificado médico del facultativo de la Seguridad Social el que nos arroja luz sobre el carácter de este derecho de la trabajadora, pues ello significará que el cambio en el régimen de trabajo a turnos u horario se producirá a instancia suya, a través de la presentación de dicho certificado. En efecto, será ella quien, previa solicitud del correspondiente certificado al facultativo competente (no a su médico de cabecera o su ginecólogo habituales), solicite la ejecución de la medida de prevención regulada en el precepto de referencia. Ello a su vez implica dos cosas:

1. Que, cuando, pese a no haber sido detectado el riesgo de manera objetiva en la inicial evaluación de riesgos, influya negativamente en la salud de la trabajadora o de su hijo lactante y así se indique en la certificación médica individualizada, ésta habilitará a la trabajadora y obligará al empresario a adoptar (o en su caso, cuando ya hayan sido adoptadas y el riesgo persista, a modificar) las oportunas medidas de prevención.
2. Que el empresario carezca de legitimación para *imponer* la modificación que proceda a la trabajadora, bien sea cambio de sistema de trabajo a turnos, reducción de la jornada o, quizás la medida que más le pudiera interesar ejecutar, movilidad funcional.

• Serán varias las medidas que al efecto podrá adoptar el empresario, pues, siendo para él obligatorio evitar la citada exposición al riesgo, la ley le ofrece un abanico de posibilidades para que elija la más conveniente: «adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada» (137). Dentro de éstas no cabe duda de que se incluye la *modificación del tiempo de trabajo*, si bien la frecuencia con la que se adopta una medida de este género es mucho menor que la de la modificación de condiciones de trabajo (cambio de puesto de trabajo) (138).

Ahora bien, la modificación del tiempo de trabajo puede comprender no sólo la reducción de la jornada para evitar excesiva exposición al riesgo, sino también la alteración del sistema de trabajo a turnos, y, por aplicación de la Recomendación núm. 95 de la OIT, de 1952, la realización de trabajo nocturno y de horas extraordinarias (no mencionada ésta en el art. 26.4). El precepto prevé

(137) Y sólo cuando estas medidas resulten ineficaces o de imposible ejecución podrá recurrirse, previa certificación médica en la que el perjuicio resulte acreditado, a la vía alternativa y subsidiaria de la movilidad funcional *temporal*, prevista también en el núm. 2 del artículo 26.

(138) En lo que atañe a la negociación colectiva, la adaptación del tiempo de trabajo es prácticamente nula, frente al cambio de puesto de trabajo, previsto por la mayor parte de los convenios adoptados a lo largo del presente año y que incorporan ya las previsiones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Aparece el cambio de turno de trabajo como medida de protección de la gestante, por prescripción facultativa, en el Convenio de la provincia de Ciudad Real para Captación, Elevación, Conducción, etc., de Agua (BOP de 3 de mayo de 1996), artículo 50: «si la empresa se negara, se denunciará a la Inspección de Trabajo, quien deberá pronunciarse en el plazo de tres días», y en el de Huelva para el Comercio del metal (BOP de 16 de marzo de 1996), artículo 17 (en el que se dispone asimismo el pase a la situación de ILT si resulta imposible el cambio de puesto de trabajo).

expresamente que «dichas medidas incluirán, *cuando resulte necesario*, (139), la *no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*» (140), a semejanza de lo previsto en el artículo 36.4 ET respecto de los trabajadores nocturnos con problemas de salud derivados precisamente de la nocturnidad del trabajo. Por tanto, *si así resulta preciso*, se producirá una modificación también (o alternativamente) en el sistema de trabajo, no sólo en la duración de la jornada. Es decir, que cabe bien la disminución del tiempo de trabajo, bien el cambio de sistema de trabajo (abandonando temporalmente el trabajo a turnos) o de horario (realizando provisionalmente trabajo diurno), o, en tercer lugar, la utilización de ambas medidas de forma conjunta. Así cabe deducirse de la expresión «dichas medidas incluirán».

Todo ello significa que la libertad de la trabajadora o el trabajador para elegir el período de la jornada en el que disfrutará del derecho al permiso por lactancia, sustituible por una reducción de jornada en media hora, se verá limitada o, cuanto menos, más restringida por esta nueva alteración.

Queda por dilucidar la cuestión de quién tiene capacidad decisoria para determinar si ello «resulta necesario». La respuesta a dicha pregunta no plantea mayores dificultades, pues resultará de la certificación médica de la que habla el número 4 del artículo 26, así como del propio examen de riesgos a los que está expuesta la mujer y que se contenga en la evaluación inicial de riesgos laborales de cada puesto de trabajo y actividades, realizada por el empresario en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 16 de la ley y que debe ajustar a los parámetros del artículo 18 y

(139) A través de este inciso se evitan fórmulas generalizadoras que puedan incurrir en discriminación de la mujer por razón de embarazo, convirtiendo un estado biológico en una discapacidad física y volviendo, por tanto, en contra de la mujer (influyendo negativamente en su participación en el mercado laboral) una medida pensada para su protección (ALMENDROS GONZÁLEZ, *op. cit.*, y SANTOS FERNÁNDEZ, *op. cit.*).

(140) La Directiva (art. 7.1), por el contrario, contempla dicha medida con carácter general, a salvo de la posibilidad de los Estados miembros de exigir certificado médico que dé fe de la necesidad para la seguridad o salud de la trabajadora afectada, disponiendo que, en tal caso, la trabajadora será asignada a un puesto de trabajo diurno y, cuando ello no sea posible o exigible, la concesión de una licencia o prórroga del permiso de maternidad. Lo que no cabe es la prohibición genérica del trabajo nocturno femenino, vedada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 25 de julio de 1991 (Asunto C-345/89), que interpreta el principio de no discriminación del artículo 2.3 de la Directiva 76/207. Nada de ello se prevé en la normativa española, por lo cual cabe cuestionarse si no deberían interpretarse las medidas contempladas en el artículo 26 a la luz de la Directiva de referencia, para hacer extensible la aplicación de dichas reglas, puesto que, cuando ninguna de las medidas previstas sea adecuada para evitar el riesgo de la trabajadora o de su hijo (y, por consiguiente, la única medida razonable y conveniente sea la dispensa del trabajo) ésta deberá continuar en su puesto de trabajo, a pesar de la evidencia del peligro; y, a la inversa, cuando sí exista un puesto exento de riesgo, deberá ser ocupado por la trabajadora, que puede no estar calificada para el mismo, causándose, pues, un perjuicio a la organización del trabajo. Debemos plantearnos, pues, si al empresario le cabe la aplicación directa de la Directiva, eximiendo temporalmente de la prestación del trabajo a la trabajadora, *cuando no medie consentimiento de ésta* (pues ningún problema se planteará cuando exista el mutuo acuerdo, ya que no cabe duda de que estaremos ante una mejora empresarial de las condiciones de trabajo, concedida a título individual y por razones justificadas), y si ello vulneraría el artículo 4.2 a) ET o, por el contrario, estaría amparado por el artículo 5 b) y c) ET y el 15.1 y) de la Ley 31/1995. En todo caso, sería de aplicación el artículo 30 ET, sobre imposibilidad de la prestación, en virtud del cual, cuando al empresario le resultara imposible la asignación de la trabajadora a puesto adecuado, ésta conservaría el derecho a su remuneración, aun cuando no existiera prestación de servicios. Sobre la dispensa del trabajo por motivos técnicos u objetivos derivados de la organización empresarial, *vid.* R.I. SANTOS FERNÁNDEZ: «La protección de la trabajadora embarazada en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», *Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, págs. 25-26.

Capítulo V, que regula el derecho de participación de los trabajadores en dicha función, sea por sí mismos o representados por Delegados de Personal o Comité de Empresa y Delegados de Prevención (y Comités de Seguridad y Salud).

Lo que resulta más difícil de determinar es *quién debe decidir la concreta medida a aplicar*. Es decir, si compete al empresario en exclusiva, al empresario de común acuerdo con la representación de los trabajadores o bien corresponde decidirlo a empresario y trabajadora afectada.

Pues bien, parece que debe excluirse la segunda vía (la consulta con la representación de los trabajadores), puesto que sólo se predica respecto de una tercera fase o escalón en el nivel de riesgo: el que contempla el número 2 del artículo 26: cuando resulte insuficiente la medida que estamos examinando y, por tanto, deba recurrirse a la movilidad funcional (modificación de las funciones a desempeñar o cambio de puesto de trabajo), realizado conforme a las reglas aplicables a ésta.

En consecuencia, deben analizarse las otras dos opciones. El precepto habla de que «el empresario adoptará», con lo cual parece estar excluyendo la intervención de cualquier otro sujeto, incluyendo a la trabajadora. En igual sentido, el artículo 18.1 *in fine* establece que el empresario «deberá informar directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos». No obstante, del número 2 del artículo 18 se desprende otra conclusión, favorable a la tercera de las opciones propuestas: la decisión de común acuerdo por empresario y trabajadora o, más exactamente (lo cual supone un grado menor de decisión de la trabajadora), con la participación de ésta: «el empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo», y Capítulo V de la ley, artículo 33.1 b) («el empresario deberá consultar, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a la organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa...»). Ahora bien, de este Capítulo se desprende una interpretación favorable a la primera de las opciones acogidas, por cuanto se refieren expresamente a los representantes legales de los trabajadores (art. 33.2). Por tanto, este artículo alude a los planes de prevención o medidas de tipo colectivo pero no específicamente a una decisión que puede afectar personalmente a la trabajadora en cuanto a conveniencia de uno u otro horario de trabajo, tema en el que la consulta debe realizársele a ella personalmente (por entrar en el terreno de la «conveniencia-necesidad personal», en los mismos términos ya considerados).

De todos modos, lo que no plantea duda alguna es que el carácter y finalidad de la medida, la adopte quien la adopte, obliga a la trabajadora a aceptar su aplicación, en beneficio de su propia salud y de la del recién nacido (art. 15.4 de la Ley de Prevención, *a contrario*).

- El precepto ha de entenderse referido exclusivamente, por razones obvias, a la *lactancia natural*, con exclusión, por tanto, de la artificial, en la que ningún riesgo puede derivarse para la salud del recién nacido más que la que pueda provenir de posible contagio por parte de su progenitor. Ése sería, pues, otro tema. En todo caso, pues, el titular del derecho o el beneficiario de la medida es la trabajadora.

• La medida tiene carácter temporal o provisional, es decir, que, una vez desaparecida la circunstancia que le da origen -la situación de lactancia-, dejará de ser operante. Cuando se trata de determinar la duración en situación de embarazo, la cuestión no plantea mayores dudas, pues tal hecho biológico está perfectamente delimitado en el tiempo. Sin embargo, en lo que se refiere al objeto principal de este análisis, la norma no hace referencia a la edad del lactante, a diferencia del artículo 37, sino que habla de «parto reciente» (art. 26.1) y de «período de lactancia». ¿Cómo debe interpretarse esta omisión? Puede entenderse como laxitud en la determinación temporal derivada de la trascendencia o magnitud del riesgo que puede correr el bebé (necesitando, sin duda, un plus de intensidad en la protección del derecho respecto del que regula el art. 37.4, por ser un derecho fundamental amparado por el art. 15, así como el 43 de la CE) o bien como remisión a la regulación que de la lactancia realiza el ET en su artículo 37.4.

El precepto no remite a dicho texto legal o, lo que es lo mismo, no habla de período *legal* de lactancia, sino meramente de «período de lactancia». Teniendo en cuenta dicha omisión y que la duración de la lactancia natural puede ser mayor que la regulada en el artículo 37.4 (por más que no sea lo común, y de ahí la limitación temporal fijada hasta el cumplimiento de la edad de nueve meses del bebé), habrá que entender que se trata de la *lactancia natural*, dure lo que dure ésta, porque durante tal período *el riesgo seguirá existiendo*: presente el riesgo, debe mantenerse la medida de seguridad. En consecuencia, debe entenderse que la ley no limita temporalmente la duración de la medida de prevención (141): aunque no deje de tener carácter transitorio, no existe término que ponga fin a su efectividad.

• Por último, debe aludirse al contenido de la medida: la *reducción de la jornada de trabajo*. Aquí deben ser de aplicación las normas ya examinadas en materia de sustitución de la hora de ausencia por una reducción de la jornada en media hora para atender a la lactancia del hijo, si bien han de tomarse en consideración ciertas circunstancias «especiales» que no concurren en tal supuesto.

En efecto, la finalidad del artículo 37.4 ET es atender a las necesidades alimentarias del menor. Por el contrario, el artículo 26 de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* está dirigido a la protección de su salud (y la de su madre: por tanto, el bien jurídico protegido es doble). Esta específi-

(141) En el mismo sentido, PARDELL VEÁ, A., MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A., quienes mantienen que ello supondría introducir una reducción temporal no recogida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales». Comunicación presentada al *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en Valladolid los días 24 y 25 de mayo de 1996. Primera Ponencia: «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos». Pág. 17 (mecanografiado). En contra, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. (*Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. Ed. Trotta, Madrid, 1996, pág. 175), quienes identifican dicho período con el previsto por el núm. 4 del artículo 37 ET.

ca circunstancia introduce una sensible alteración en lo que a cuantificación de la reducción de jornada se refiere: mientras en el primer caso la ley considera necesario u oportuno reconocer el derecho a una reducción de media hora de duración, en el segundo no se establece cuantificación temporal alguna. La razón de ello es que *tampoco establece que ésa sea la única medida adoptable*, sino una de las posibles, dejando en manos del empresario y representantes de los trabajadores (según determinan el art. 16 y el Capítulo V de la ley) la definición del plan de prevención, que incluirá la descripción de cada una de las sustancias, actividades, equipos y puestos de trabajo con su correspondiente nivel de riesgo, así como las medidas de seguridad convenientes para evitarlo.

Entre éstas se encontrará la que nos ocupa: la reducción de la jornada de trabajo durante el período de lactancia para evitar prolongadas exposiciones de la madre a las sustancias clasificadas como nocivas, y debe entenderse que también aquí habrá que hallar la concreción temporal de la reducción. En cualquier caso, la disminución de la duración diaria del trabajo deberá resultar «necesaria» para evitar el riesgo. En este terreno debería darse entrada a la intervención del facultativo de la Seguridad Social, que, en cada caso concreto, habrá de determinar en qué medida puede afectar a la trabajadora y a su hijo lactante la exposición a determinados agentes tóxicos.

Al hilo de estas consideraciones, en torno al contenido de la medida, debe aludirse a la propia naturaleza de la reducción de jornada de trabajo, concretamente a la cuestión de la remuneración que corresponda a la trabajadora durante dicha situación. Y es precisamente la conclusión a la que llegamos en su análisis la que nos lleva a situar a la medida junto al permiso por lactancia. En efecto, si la prevención se funda en motivos de salud laboral, aunque la ley nada diga al respecto (precisamente por tal razón nos planteamos el debate), debe entenderse que la remuneración ha de mantenerse inalterada. Se trataría, pues, de una nueva modalidad de reducción de jornada por lactancia equiparable a la del artículo 37.4 ET, con la categoría, si se permite la expresión, de permiso.

Procedería la aplicación analógica del número 4.º del artículo 37, pero no la del 5.º: puesto que el precepto (art. 26.1) nada dice al respecto (mencionándose el tema sólo en sede de movilidad funcional -art. 26.2-, pero no en cuanto a adaptación de condiciones y tiempo de trabajo), debe interpretarse que la remuneración no queda minorada en proporción a la reducción de la jornada, pues tal regla -restrictiva de derechos- debería disponerse expresamente, máxime cuando la medida se ejecute a iniciativa del empresario.

La exégesis comparada del precepto con el artículo 37.5 permite también avalar la anterior tesis, ya que éste configura un derecho de libre ejercicio otorgado por la ley al trabajador: es él -su titular- quien decide si lo ejercerá o no, si es que está dispuesto a asumir los inconvenientes que acarrea -la disminución proporcional del salario- y que están expresamente previstos por la ley.

11. Tratamiento del permiso por lactancia en la reciente negociación colectiva.

Examinados los convenios colectivos elaborados durante el año 1996 (142), tanto los de sector como los de empresa de ámbito interprovincial, llegamos a la conclusión de que escasas son las previsiones contenidas en los mismos que se dirijan a la mejora de lo previsto en el artículo 37.4 ET, pues en la mayoría de los casos las partes se limitan a transponer el contenido de éste al texto articulado del convenio, sin introducción de variación alguna, al menos en su contenido.

Sin embargo, en algunas -aunque contadas- ocasiones, la vía negocial ha servido bien para mejorar el derecho, ampliando su duración o la de la ausencia (143), bien para concretar su ejercicio.

En cuanto a la primera de las variaciones aludidas, son varios los convenios en los que se amplía la duración de la reducción de la jornada por lactancia, de media hora en el artículo 37.4 ET, hasta una hora, lo cual significa que equipara la ausencia con la reducción de jornada, de modo que, en la práctica, se permita hacer uso de la ausencia tanto al principio como al final de la jornada (144).

-
- (142) Desde enero a agosto de 1996. Para un tratamiento exhaustivo de las líneas tendenciales de la negociación colectiva en este ámbito -el de los permisos retribuidos- durante los dos últimos años -hasta febrero de 1996- *vid.* GARCÍA NINET, J.I. y BURGOS GINER M.A.: «Los permisos en la negociación colectiva (1994/1996). Líneas de tendencia». *Tribuna Social*, núm. 65 (monográfico sobre permisos), 1996.
- (143) En algún caso aislado, se han creado también nuevos permisos vía negocial: es el caso del Convenio de la empresa «Unión Eléctrica de Canarias, S.A.» para 1995-97 (BOE de 9 de febrero de 1996), en cuyo artículo 26 se reconoce al personal con hijos minusválidos físicos o psíquicos permisos retribuidos para la asistencia a cursos de orientación pedagógica para la educación de sus hijos («siempre y cuando dichos cursos los realice el Instituto Nacional de Servicios Sociales y coincida con la jornada laboral»).
- (144) Esto es lo que ocurre con los Convenios de las empresas «Seguros Lagún Aro, S.A.» (art. 18), BOE de 23 de enero de 1996; «Herramientas Bellota» [art. 17 h)], BOE de 13 de enero de 1996; «Telefónica Servicios Móviles, S.A.» (art. 30), BOE de 7 de febrero de 1996; «Ericsson, S.A.» (art. 25), BOE de 27 de febrero de 1996; «Citroën Hispania, S.A.» (Comercio), BOE de 9 de mayo de 1996, si bien en este caso se establece en su artículo 24 la reducción del salario correspondiente a esa media hora adicional (se configura, pues, como una mera ausencia justificada); «Grupo Cruzcampo, S.A.» (art. 12), BOE de 13 de mayo de 1996; «Domar, S.A.» (art. 48), BOE de 7 de mayo de 1996; «Sematic, S.A.», BOE de 3 de abril de 1996; «Hidroeléctrica de Cataluña, S.A.» (art. 37), BOE de 11 de junio de 1996, y los convenios de sector: *Convenio provincial de Madrid para Hostelería* (art. 30), BOCM de 20 de marzo de 1996; *Convenio para la provincia de Toledo, de la Industria Siderometalúrgica* (art. 26), BOP de 1 de junio de 1996, que además reconoce el derecho a la reducción de la jornada diaria en una hora, que podrá realizarse al comienzo o al final de la jornada, en favor del trabajador que tenga a su cargo hijos menores de un año; *Convenio del País Vasco para Ikastolas* (art. 38), BOPV de 4 de junio de 1996, que prevé, asimismo, la sustitución de este derecho por dos semanas más de licencia retribuida «que deberán ser disfrutadas a condición de la licencia por gestación»; *Convenio de Asturias para Oficinas y Despachos* (art. 12), BOPA de 24 de enero de 1996; *Convenio para el Personal Laboral al servicio de la Administración de Justicia* [art. 33 f)], BOE de 19 de junio de 1996; *Convenio de Tarragona para Consignatarias de buques, agencias marítimas, agencias de aduanas, comisionistas de tránsito, etc.* (art. 30), DOGC de 31 de enero de 1996; *Convenio para el sector de Droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías (minoristas)*, artículo 32, BOE de 7 de marzo de 1996; *Convenio de la provincia de Sevilla para Confiterías, pastelerías, bollerías, tortas, mazapanes, mantecados y otros productos para desayuno (Industrias y dependencia mercantil)*, artículo 28, BOP de 8 de mayo de 1996 y *Convenio de Guipúzcoa para la Industria de la Cerámica* (art. 24), BOP de 11 de junio de 1996.

El *Convenio de Alicante para las Agencias distribuidoras de Butano* establece una curiosa (por ser el único caso en el que así se ha previsto, de todos los examinados) reducción de jornada de por lactancia de cuarenta y cinco minutos [art. 13 g)] (145).

Amplían la duración del derecho hasta una edad superior del lactante diversos convenios (146). Entre ellos destaca el de *Cataluña para el Comercio de vidrio, loza, cerámica y similares* (art. 25) (147) hasta los doce meses de edad del hijo, y el de la empresa «Domar, S.A.» (art. 48) (148), que reconoce el derecho durante un período de seis meses a contar desde el agotamiento del período de descanso por maternidad, ampliándose hasta un máximo de un año cuando por prescripción médica así se recomiende. Por su parte, el *Convenio provincial de Toledo para el sector de la Hostelería* reconoce en su artículo 19 una serie de derechos a los trabajadores con hijos menores de cuatro años, entre los que se encuentra el permiso retribuido para acudir a consulta médica de aquéllos, siempre que ambos progenitores presten servicios para empresas diferentes (149), siendo la duración de la ausencia de dos horas máximo. La concesión de permiso retribuido (150) [e incluso de crédito horario (151)] para asistir a consulta médica de pediatra es, por lo demás, frecuente en la negociación colectiva, por lo que obviamos la cita de los convenios en los que se contiene semejante previsión.

Otros son los convenios que, manteniendo la duración fijada por el ET, definen más estrechamente el *régimen de ejercicio del derecho*, por la vía de trasladar al texto del convenio las conclusiones a las que ha llegado la jurisprudencia y que han sido objeto de examen en páginas anteriores. Concretamente, nos referimos al horario en el que puede ejercerse el derecho: antes, durante y al finalizar la jornada de trabajo (es decir, como ausencia propiamente dicha o como reducción de jornada) o bien entre una parte y otra de la jornada partida, así como al régimen de titularidad del derecho (entre ambos progenitores) o la comunicación de su utilización al empresario (152):

- *Horario de disfrute*: el Convenio de la empresa «Seguros Lagún Aro, S.A.», permite el disfrute tanto como interrupción como reducción de la jornada, es decir, en cualquier momento de la jornada de trabajo: «reducción de la jornada de trabajo o interrupción

(145) BOP de 12 de abril de 1996.

(146) Convenio de las empresas «G y J Publicaciones Internacionales, S.L. y Cía., S. en C.» (art. 18.dos), BOE de 22 de febrero de 1996, «Información y Moda, S.A.» (art. 18.dos), BOE de 24 de febrero de 1996, «Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A.» (personal de tierra), BOE de 10 de julio de 1996, «Hidroeléctrica de Cataluña, S.A.» (art. 37), BOE de 11 de junio de 1996 y el Convenio provincial de Gerona para la Imaginería Religiosa (art. 22), BOP de 18 de enero de 1996.

(147) DOGC de 22 de marzo de 1996.

(148) BOE de 7 de mayo de 1996.

(149) Si trabajan en la misma empresa, el permiso sólo podrá ser disfrutado cuando el turno de trabajo de uno de ellos coincida con el período de tiempo en el que tenga lugar la consulta médica.

(150) También de excedencia por la misma causa: v.g., Convenio Estatal para Madera (BOE de 20 de mayo de 1996).

(151) Convenio de la provincia de Ciudad Real para la Captación, elevación, conducción, etc., de Agua (art. 51), BOP de 3 de mayo de 1996.

(152) Queda más diluido, por el contrario, el régimen de retribución del permiso, aludiéndose en escasas ocasiones a los complementos que se entienden comprendidos.

de la misma por cuidado de un hijo menor de nueve meses», alterando además la denominación del permiso, al prescindir de la finalidad de la lactancia y acudir a la más genérica de cuidado del hijo menor de nueve meses. Son numerosos los que permiten la elección entre el comienzo y el final de la jornada (153): el de «BBV Interactivos, S.A.» [art. 13 b)] dispone: «pudiéndose utilizar uno al principio y otro al final de la jornada» (154); el Convenio de «Paradores de Turismo, S.A.» (art. 24) (155) regula exhaustivamente el régimen del permiso, estableciéndose que podrá disfrutarse «al comienzo o al final de la jornada o de alguno de los turnos de la misma, si se trabaja en régimen de jornada partida». El Convenio Sectorial para el Comercio de Flores y Plantas (art. 15 bis) (156) especifica que podrá disfrutarse, a elección de la interesada, en la jornada de mañana o de tarde.

- *Régimen de la titularidad del derecho*: la mayoría de ellos prevén que cuando ambos trabajadores sean empleados de la misma empresa, sólo uno de ellos podría ejercer el derecho. Otras particularidades previstas son: el *Convenio provincial de Alicante para Aceitunas (aderezo y relleno)* (157) prevé en su artículo 17 la posibilidad de que uno de los cónyuges esté desempleado, en cuyo caso establece que «el otro no podrá hacer uso del derecho, salvo en el supuesto de que el desempleado fuese el padre y la lactancia se acreditase como natural y no artificial», de modo que cuando sea la madre la desempleada no cabrá permiso alguno. El de *Toledo para la Industria Siderometalúrgica* dispone que tal período «será optativo padre/madre cuando la lactancia sea de forma artificial», el *Convenio del País Vasco para Ikastolas* (art. 38) extiende la titularidad del derecho por lactancia artificial al padre sólo cuando no pueda hacer uso de él la madre y el de *Córdoba para el Transporte de viajeros por carretera* (art. 9) (158) exige justificación ante la empresa de que el otro cónyuge no está haciendo uso del derecho. En cuanto al Convenio de «Paradores de Turismo, S.A.» (art. 24) (159), establece que habrá de acreditarse que el otro cónyuge no disfruta de igual derecho. En idéntico sentido, *Convenio para el Personal Laboral del Ministerio de Sanidad y Consumo y del Organismo Autónomo Instituto Nacional de Consumo* (art. 39) (160).

(153) Así, el Convenio de «Forem» (art. 20), BOE de 27 de febrero de 1996; el Convenio para el Personal Laboral del Ministerio de Economía y Hacienda, 1995 (art. 24), BOE de 11 de abril de 1996; el Convenio provincial de Madrid para Hostelería (art. 30.3), BOCM de 20 de marzo de 1996, así como el de la Comunidad Valenciana y de Asturias (art. 45) para Residencias Privadas para la Tercera Edad, DOGV de 26 de marzo y de 16 de mayo de 1996, respectivamente; el de la empresa «Domar, S.A.» (art. 48), BOE de 7 de mayo de 1996; el Convenio para la Banca Privada (art. 27), BOE de 27 de febrero de 1996; el de «Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, S.A.» (personal de tierra), artículo 36, BOE de 10 de julio de 1996; el de «Miele, S.A.» para 1996/97 (art. 22), BOE de 24 de mayo de 1996, y el *Convenio provincial de Pontevedra para el sector de Carpintería, ebanistería y actividades afines* (art. 19), BOP de 31 de mayo de 1996.

(154) BOE de 29 de abril de 1996.

(155) BOE de 22 de febrero de 1996.

(156) BOE de 12 de abril de 1996.

(157) BOP de 7 de febrero de 1996.

(158) BOP de 5 de junio de 1996.

(159) Véase nota 155.

(160) Véase nota 155.

- *Preaviso*: el artículo 70 del Convenio Estatal para las Industrias de la Madera (161) establece que «el preaviso será siempre obligatorio, salvo supuestos y situaciones excepcionales e imprevisibles que no permitan preavisar de la ausencia, en cuyo caso se acreditará en su momento suficientemente».
- *Otras condiciones*: el Convenio de Murcia para el Manipulado y Envasado de Frutas Frescas y Hortalizas (162) exige en su artículo 8 a los trabajadores fijos discontinuos que se hallen en alta en la fecha en la que se produzca el hecho que motiva la licencia.

II. EL PERMISO PRENATAL

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de *Prevención de Riesgos Laborales*, ha venido a introducir en nuestro Ordenamiento jurídico-laboral una nueva figura que tiene por objeto garantizar el adecuado control y seguimiento de la gestación de la trabajadora a la vez que desarrolla dentro de la normalidad su trabajo habitual (163), que se ha ubicado en sede de permisos retribuidos. Se trata del permiso destinado a la «realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto», bautizado ya (GARCÍA NINET) como «permiso prenatal». El legislador se ha valido, pues, de esta ley de *salud laboral* para modificar la regulación de los permisos contenida en el Estatuto de los Trabajadores, ya que no se trata propiamente de una medida preventiva de la salud, pues si bien los exámenes prenatales admiten tal caracterización (por cuanto pueden arrojar resultados insatisfactorios sobre la salud de la trabajadora embarazada y, por consiguiente, servir para adoptar medidas de protección del feto), no sucede lo mismo respecto de las técnicas de preparación al parto para cuya realización se concede el permiso.

La figura, que constituye la transposición a nuestro Ordenamiento de las previsiones contenidas en el artículo 9 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, *sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia*, se contempla en el artículo 26.4 de dicho texto en los siguientes términos:

«Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.»

(161) BOE de 20 de mayo de 1996.

(162) BORM de 28 de mayo de 1996.

(163) GARRIGUES GIMÉNEZ, A., en su Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, titulada «Maternidad y condiciones de seguridad y salud en el trabajo», lo califica de «auténtica medida de acción afirmativa», cuyo impacto en el empleo femenino no puede ser juzgado *a priori*, sino que ha de esperarse a que el transcurso del tiempo arroje resultados concretos.

Por su parte, la disposición adicional 11.ª de la misma traslada dicha previsión al ET, al modificar el artículo 37.3, sobre permisos retribuidos, por la vía de la adición de una última letra, la f), que contiene el siguiente texto:

«El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración:

- f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.»

El traslado de la norma del artículo 26.4 de la ley al 37.3 del ET implica cambios de cierta entidad en lo que se refiere al contenido y ejercicio del derecho. Los términos de ejercicio del derecho se concretan con más claridad en el artículo 37.3 ET, ya que se limita la duración de la ausencia al «tiempo indispensable» (continúa, por tanto, siendo ambigua). Por otro lado, se amplía la extensión del derecho, por cuanto ya no debe demostrarse y justificarse que la realización de las actividades en las que se ha de materializar el permiso no puede llevarse a cabo más que en la jornada de trabajo, sino que directamente se prevé la posibilidad de que hayan de realizarse «dentro de la jornada de trabajo», con lo cual lo que debe justificarse no es que *sólo puedan efectuarse en dicho horario*, sino *la propia necesidad de llevarlas a cabo*. Ello significa que bastará con acreditar que el horario asignado por la institución que se encargue de dichos exámenes y prácticas es coincidente con el del trabajo (no se le puede exigir a la trabajadora que solicite un horario determinado para su realización).

El ámbito de aplicación de la ley plantea algunas otras cuestiones en torno al régimen aplicable a los colectivos comprendidos, que puede generar discriminaciones:

1. En primer lugar, debe señalarse una cuestión que afecta a la modificación, por parte de la Ley 31/1995, de otros textos legales. Así, mientras que el Preámbulo de la ley, así como el artículo 3 de su texto declaran la aplicabilidad de la norma también al ámbito de las Administraciones Públicas (164) (y así se anuncia como principal novedad legislativa en el apartado tercero, párrafo cuarto, del Preámbulo), nada dice la disposición adicional 11.ª de la modificación de los estatutos de la función pública, por lo cual respecto de tal colectivo (el personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas) el único texto aplicable está constituido por el artículo 26.4 de la ley. Es por ello que, si efectuamos una interpretación amplia del artículo 37.3 f) ET en relación con los titulares del derecho, favoreciendo también al trabajador, podríamos

(164) El artículo 3.1 contempla bajo su protección también a las trabajadoras autónomas, si bien, como señala R.I. SANTOS FERNÁNDEZ («La protección...», *op. cit.*, pág. 16), la propia naturaleza de su trabajo -el régimen en el que éste es prestado- hace inviable por innecesaria la aplicación de los procedimientos previstos en el artículo 26. Será ella misma la que determine, siguiendo prescripciones facultativas, la procedencia del cambio del sistema de trabajo, o la necesidad de ausentarse para la realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto.

incurrir en discriminación respecto del colectivo anterior, cuya norma reguladora no permite abarcar como sujeto protegido más que a «la trabajadora». En sentido inverso, la limitación de la duración del permiso al «tiempo indispensable» que contiene el artículo 37.3 f) ET no aparece en el texto del artículo 26.4 de la ley, lo cual ha de entenderse como laguna a colmar vía negociación colectiva o mediante la aplicación del Estatuto de los Trabajadores como norma supletoria o bien como simple indeterminación (interpretación rechazable, por llevarnos a conclusiones absurdas como la de entender que se está legitimando el absentismo indiscriminado e incontrolado).

2. En segundo lugar, debe aludirse a la expresa exclusión del colectivo de los trabajadores al servicio del hogar familiar, que ya hiciera la Directiva-Marco 89/391, de 12 de junio, y que reitera, en cumplimiento de sus mandatos, la ley española, en su artículo 3. En virtud del mismo, se dispensa tratamiento diferenciado -fundado en la especialidad de su relación laboral- a ciertos colectivos: trabajadores que presten servicios en establecimientos penitenciarios, o aquellos para cuya protección se remite a futura legislación específica (excluyéndose, por tanto, del ámbito de la ley). Entre las exclusiones se encuentra, en el apartado cuarto de dicho artículo, el personal al servicio del hogar familiar (que es precisamente desempeñado mayoritariamente por mujeres) (165), que, en consecuencia, carecería del derecho al permiso prenatal.

En cuanto a la caracterización del permiso, puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- En primer lugar, se trata de un permiso *remunerado*: así se prevé expresamente en el artículo 37.3 f) ET.
- *La finalidad del permiso* es realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (166). Así, pues, la finalidad es doble, ya que dos son los motivos que justifican la concesión de permiso (*stricto sensu*, más que como modalidades del mismo permiso debe entenderse como dos permisos diferentes, dada la diversidad del objeto de cada uno y, por consiguiente, la *acumulabilidad* de ambos en la misma persona): por un lado, ayudar al control del buen desarrollo del embarazo (167) y garantizar la salud de la madre y del feto (permiso para someterse a exámenes prenatales) y, por el otro, facilitar a la madre trabajadora la realización de los ejercicios de preparación al parto (permiso para participar en

(165) Respecto del cual únicamente se impone una obligación genérica de velar porque el trabajo se realice «en las debidas condiciones de seguridad e higiene». En lo que respecta a dichas condiciones de la trabajadora durante el embarazo y la lactancia, la obligación del titular del hogar sería disponer, a semejanza de lo previsto en los núms. 1 y 2 del artículo 26 de la Ley 31/1995, el cambio provisional de sistema de trabajo, con exención de las tareas más pesadas, que, según demuestran los estudios científicos, pueden causar graves trastornos al feto (v.g., taquicardia).

(166) El Convenio Colectivo de la provincia de Toledo para el sector Siderometalúrgica (BOP de 1 de junio de 1996) concede asimismo un permiso remunerado para sometimiento a «técnicas de fertilización legalmente autorizadas», cuando acredite la imposibilidad del embarazo por medios naturales, y previa justificación (art. 28).

(167) Según GARRIGUES GIMÉNEZ (*op. cit.*, pág 21), «se trata de un mecanismo claramente orientado a proporcionar un mayor grado de bienestar a la trabajadora».

la realización de técnicas de preparación al parto). Dos son, pues, los permisos que aquí se regulan, que podrán ser disfrutados por la trabajadora en diferentes momentos de la jornada de trabajo. Con ello, el legislador español ha ido más allá de la regulación comunitaria, pues la Directiva 92/85 sólo contempla el permiso para exámenes prenatales (168), pero no el que tiene por objeto someterse a técnicas de preparación al parto.

- En cuanto al concepto de «exámenes prenatales», debe entenderse por tales cualquier prueba médica que se le practique a la madre para comprobar la evolución del feto, tales como ecografías... Por otra parte, la ausencia puede deberse a la necesidad o conveniencia de realizar ejercicios físicos dirigidos a facilitar el parto. Cualquier otra actividad al margen de las anteriores, aun relacionada con el estado de gravidez de la trabajadora, debe entenderse excluida del precepto y, en consecuencia, del derecho a la ausencia.
- *Es titular del derecho* reconocido por este nuevo precepto la trabajadora, en exclusiva, pues se protege a la trabajadora *embarazada*. Ello elimina cualquier discusión en torno a la titularidad de aquél, dado lo irrefutable del hecho biológico de la gestación. Sin embargo, la traslación del contenido del artículo 26.4 de la Ley 31/1995 al texto del artículo 37.3 ET ha sustituido la referencia a «la trabajadora» por el término neutro «trabajador» y por consiguiente puede interpretarse que se admite también la ausencia del padre para asistir, con la madre, a las sesiones de preparación al parto (169). Para dilucidar cuál deba ser la solución a esta cuestión habrá que estar a las recomendaciones de la Medicina ginecológica.

Ahora bien, desde nuestro desconocimiento de tal disciplina médica, entendemos que la asistencia conjunta de ambos progenitores a dichas sesiones preparatorias no puede más que ser recomendable y admitimos que conveniente, pero no imprescindible: no hallamos presente la perentoriedad que justificaría el abandono del trabajo por parte de ambos cónyuges. A lo cual hemos de unir idéntica conclusión extraída de la interpretación comparada del precepto, partiendo del texto originario del que proviene la redacción de la letra f) del artículo 37.3, que predica el derecho respecto de «la trabajadora», aunque quizás ello se deba al hecho de que se trata de un texto normativo dedicado a la prevención de riesgos laborales y protección de la salud de los trabajadores, en el que, en consecuencia, no tiene cabida la protección del padre, por no ser portador del feto.

- El contenido del derecho es la legitimación para ausentarse del trabajo. Su reconocimiento supone, pues, como señala M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ (170), la supresión de raíz de la posibilidad por parte del empresario de extinguir la relación laboral por causa de las

(168) Que, por otra parte y a diferencia del caso español, son obligatorios en otros países comunitarios.

(169) Quizás ello sirviera para eliminar el posible perjuicio que la introducción de la medida pueda causar a las trabajadoras en edad de procrear para su acceso al empleo, riesgo apuntado por M. MOLINA GARCÍA, en su Comunicación a las *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Málaga, 14 y 15 de diciembre de 1995): «La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales», págs. 27-29.

(170) «La Ley de Salud Laboral como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad». Comunicación presentada a las *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Málaga, 14 y 15 de diciembre de 1995), págs. 14-15.

ausencias que con tal motivo realizara la trabajadora, bien bajo el título legal de un despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas al trabajo [art. 54.2 a) ET] o a través de la figura del despido objetivo, si las ausencias estaban justificadas [art. 52.1 d) ET], convirtiendo en nulo a todo despido fundado en tal causa (171).

La utilización del mismo término usado por el núm. 4 del mismo artículo -«ausentarse»- nos remite a las observaciones hechas al respecto en el apartado anterior, cuando considerábamos la posibilidad de que la trabajadora se incorporara más tarde o terminara antes su jornada de trabajo, en lugar de abandonar el puesto de trabajo para reincorporarse a él tras la «pausa». Ocurre, sin embargo, que no se distingue en este caso entre «ausencia» y «reducción de jornada» como posibilidad de ejercicio de un mismo derecho, sino que sólo se menciona una modalidad de ejercicio, ya que no está en manos de la madre decidir en qué momento del día se realizarán los exámenes prenatales o, en su caso, los ejercicios de preparación al parto, habiendo de adaptarse, por el contrario, a una organización ajena, planificada evidentemente al margen de sus necesidades o conveniencia personal.

Es por ello -por ambas razones- que cabe tanto la ausencia del trabajo como la incorporación tardía o salida anticipada, que habrá de producirse en el momento del día que le haya sido previamente *asignado* (previa concertación o no) a la trabajadora. Si dicha hora es coincidente con el horario de trabajo, la trabajadora tendrá derecho a ausentarse del mismo. Ahora bien, la ley no efectúa referencia alguna a cómo y dónde deben realizarse dichos exámenes y técnicas de preparación al parto, lo cual significa que su determinación se deja al albur de la trabajadora.

En consecuencia, dependiendo del tipo de régimen -público o privado (172)- elegido por la trabajadora con posibilidad para ello, serán mayores o menores las facilidades que aquella tenga para elegir la ubicación temporal de la cita con el facultativo correspondiente, de modo que puede resultarle posible la fijación del preciso momento del día para ejercer su derecho, pudiendo, por tanto, evitar su realización en la jornada de trabajo. Sea o no posible, lo determinante, sin embargo, para el ejercicio del derecho, será la acreditación, firmada por el médico que corresponda, y si en ella consta que la hora fijada se localiza en el horario de trabajo, habilitará a la trabajadora para hacer uso del derecho que le reconoce el artículo 37.3 f) ET.

Por otra parte, nada impide que la ausencia sea reiterada dentro de una misma jornada de trabajo: de la redacción del precepto no cabe deducir prohibición alguna de que las ausencias sean varias durante el día, pues aquél se limita a decir que será «por el tiempo indis-

(171) Sin embargo, debe tenerse presente que dicha motivación ya constituía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/1995 (es decir, el 10 de febrero de 1996) causa nula de despido, por incurrir en discriminación basada en el estado de la trabajadora.

(172) El Convenio Colectivo para Editoriales de Galicia (DOG de 27 de mayo de 1996) exige en su artículo 9.3 h) que «la gimnasia de preparación al parto» se preste por el Servicio Gallego de Salud para tener derecho al permiso. Por el contrario, el Convenio para el Comercio de frutas y productos hortícolas de Guipúzcoa (BOP de 6 de febrero de 1996) concede el derecho a hacer uso de hasta dieciséis horas al año retribuidas para acudir a consulta médica de la Seguridad Social o «asistencia prestada por la medicina particular», en la que debe entenderse comprendida la visita a ginecólogo.

pensable», e indispensable será la realización de varias pruebas médicas a lo largo del día, en diferentes sesiones, o la realización de exámenes prenatales por un lado y ejercicios parto por el otro, ya que, siendo dos los permisos que concede la letra del artículo 37.3, varias serán también las ausencias diarias autorizadas (siempre que duren el tiempo imprescindible).

- *La duración temporal del derecho* se inicia con el embarazo de la trabajadora. Así se desprende de la redacción del precepto, que menciona a la «trabajadora embarazada», por tanto, desde el mismo momento en el que tiene lugar la concepción. Ello obliga a la trabajadora (ahora con mayor razón) a poner en conocimiento de su nueva situación al empresario, si es que no estaba obligada ya a hacerlo en cumplimiento del deber de buena fe en el cumplimiento del contrato que le es exigible.

El derecho se extiende hasta el momento del parto, pues tal es la duración de la situación de embarazo. De tal modo que pueden solaparse durante el período final de la gestación dos derechos no acumulables: el derecho al permiso prenatal y el derecho a la suspensión del contrato por maternidad que reconoce el artículo 45.1 d) ET y cuyo ejercicio anticipado al momento del parto acorta la duración máxima del contemplado por el artículo 37.3 f).

- En cuanto a la *duración de la ausencia*, el precepto es ambiguo e impreciso, a diferencia de lo que sucede en el número 4 en materia de lactancia, ya que se habla únicamente de «tiempo indispensable». El tiempo, pues, para el desarrollo de la actividad que contempla la norma, está limitado, pero no precisado. ¿Qué debe entenderse por *indispensable*? Puede inferirse que su duración dependerá del tiempo previsto para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, pero este período es tan determinable como el tiempo que tarda el bebé en ser amamantado o alimentado y, sin embargo, en este caso sí está prevista su duración en el número 4 del artículo 37.

Esta falta de precisión lo convierte en un derecho de ejercicio difícilmente controlable por parte del empresario, especialmente en lo que se refiere a los exámenes prenatales, que pueden tener hora señalada de inicio, pero no de finalización. Ello sin contar con el perjuicio que a la organización del trabajo puede causar la indeterminación comentada, sobre todo cuando se materialice en demoras prolongadas que, por otra parte, pueden ser ajenas a la voluntad de la trabajadora, que se ve retenida en el respectivo centro médico por más tiempo del que desearía. Es un tema que puede resultar fuente de conflictos, que iremos conociendo en un futuro próximo. Hasta el momento, y por lo que respecta a su concreción en la negociación colectiva, la ambigüedad se mantiene por regla general, si bien en algunas ocasiones se precisa la duración que haya de tener la ausencia (173) (no obstante,

(173) Convenio de Murcia para el sector de Chicles, caramelos, bombones, chocolates y golosinas (BORM de 30 de abril de 1996), artículo 25: «las clases de preparación al parto se consideran como visita médica», en las condiciones siguientes: su duración máxima podrá abarcar desde media hora antes y hasta media hora después del horario de consulta del facultativo que corresponda; siendo en localidad distinta, desde una hora antes y hasta una hora después de la misma. Convenio Interprovincial de Cataluña para el sector de Lavandería industrial (DOGC de 27 de marzo de 1996), artículo 22 e): «hasta un máximo de doce horas anuales para acudir a médicos no especialistas, debidamente justificadas mediante el correspondiente comprobante.»

la mayoría de los casos en que así sucede se entiende comprendida entre las horas destinadas a acudir a consulta médica concedidas a la generalidad de la plantilla como crédito horario «médico»).

- *Régimen de ejercicio del derecho:* tratándose de un derecho, corresponde a la trabajadora decidir si lo ejerce o no, siempre que no se trate de exámenes médicos, de realización ineludible. Por tanto, la opción sólo cabe cuando se trate de la práctica de técnicas de preparación al parto.

Para su ejercicio, el trabajador, con posterioridad a la comunicación de su estado de gravidez al empresario, deberá observar dos reglas, que se desprenden del artículo 26.4 de la Ley 31/1995, ausentes en el nuevo artículo 37.3 f) ET. Debe colegirse de ello que la Ley 31/1995 es norma especial respecto del artículo 37.3 f) ET.

Las reglas, condiciones o requisitos en cuestión son en primer lugar el preaviso al empresario y, en segundo lugar, la justificación de la necesidad del permiso.

El *primero de los requisitos* -el preaviso- no presenta mayores problemas, pues sigue el régimen jurídico ya conocido de los permisos. En consecuencia, pues, la trabajadora deberá comunicar la necesidad de su ausencia con suficiente antelación al empresario para no interrumpir o causar trastornos en la organización del proceso productivo. En dicha comunicación, la trabajadora suministrará al empresario información relativa a dos aspectos:

- La *necesidad* de ausentarse durante la jornada de trabajo, especificando el motivo de la misma;
- La *duración* de la ausencia: hora de salida y de retorno al trabajo prevista (ya que será imposible concretar la hora real) como «indispensable». Es aquí de aplicación la previsión del primer párrafo de la letra d) del artículo 37.3, también referido al «tiempo indispensable», según la cual, si dicho período está determinado por alguna norma legal o convencional, habrá de estarse a ésta. No existiendo tales normas, la remisión queda, al menos por ahora, vacía de contenido. Será necesario, pues, esperar a que la negociación colectiva o en su caso la normativa legal de desarrollo se ocupe de colmar la laguna, en virtud de lo previsto en el apartado tercero del Preámbulo de la Ley 31/1995 (174), lo cual no ha sucedido hasta el momento, al menos en términos generales (175).

(174) Párrafo tercero: «Esta ley... se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica».

(175) En efecto, escasos son los convenios colectivos que han regulado este derecho a lo largo del presente año 1996, limitándose los que sí lo hicieron a la reproducción literal del término «por el tiempo indispensable». El único texto hallado en el que se contiene una referencia más exhaustiva es el Convenio de Murcia para el sector de Chicles, caramelos, bombones, chocolates y golosinas (BORM de 30 de abril de 1996), en cuyo artículo 25 se dispone que «las clases de preparación al parto se consideran como visita médica», en las condiciones siguientes: su duración máxima

La *necesidad* ha de entenderse justificada en relación con la práctica de pruebas médicas y ejercicios prenatales, no con la propia situación de embarazo, que no es más que la circunstancia que la motiva. Por tanto, sobre la trabajadora pesan dos obligaciones:

1. La -previa- de comunicar su estado, obligación que sería correlativa a los deberes empresariales (176) en materia de seguridad e higiene (177), y que se desprendería de su deber de buena fe contractual y, en todo caso, de sus obligaciones de informar y cooperar con el empresario, según se dispone en el artículo 29.2.4.º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (178), aunque no se establezca expresamente respecto de la situación de embarazo en el artículo 26 de la misma (179). La Directiva, por el contrario, sí alude claramente a dicha obligación, por cuanto prevé en su artículo 4 que para ser objeto de protección, la trabajadora debe comunicar previamente su estado al empresario [sólo de esta forma puede exigírsele a éste responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley 31/1995, en materia de seguridad e higiene, ya que, de lo contrario, le resulta imposible, sobre todo en el primer estadio del proceso de gestación, adoptar las medidas pertinentes, por simple desconocimiento de su necesidad (180)]. Se echa de menos, pues, la transposición íntegra de la norma comunitaria, mucho más clarificadora en este terreno. La ausencia de previsión expresa no elimina, sin embargo, la interpretación de la norma

podrá abarcar desde media hora antes y hasta media hora después del horario de consulta del facultativo que corresponda; siendo en localidad distinta, desde una hora antes y hasta una hora después de la misma. El Convenio de «Fiat Auto España, S.A.» (BOE de 19 de junio de 1996) se remite, por otra parte, a las condiciones de la póliza que la empresa tiene suscrita con una compañía de servicios médicos para el seguimiento y asistencia al parto de sus empleadas (art. 22). El Convenio de Huelva para la Limpieza de Edificios y Locales (BOP de 13 de marzo de 1996) contiene en su artículo 14 *bis* una curiosa disposición, por cuanto vulnera el propio contenido del artículo 37.3 ET, al disponer que «las empresas concederán *permiso no retribuido* a las trabajadoras en estado de gestación que lo soliciten para asistir a cursos de preparación para el parto».

- (176) Así como al propio deber informativo que le impone el artículo 18 LPRL.
- (177) Cuyo incumplimiento es sancionable por el artículo 11.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, como infracción muy grave.
- (178) «Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de *cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.*»
- (179) En este sentido, señalan PARDELL, MORENO y ROMERO (*loc. cit.*) la necesidad de que así se impusiera de modo expreso en la ley. Entienden ALMENDROS GONZÁLEZ («El cambio de puesto de trabajo como medida de protección de la maternidad», Comunicación presentada al *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, pág. 3) y CALVO GALLEGOS y DEL JUNCO CACHERO («El derecho a la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad», Comunicación presentada a las *XII Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996) que con ello no se vulneraría el derecho a la intimidad de la trabajadora ni supondría injerencia empresarial en su vida privada.
- (180) La Directiva expresa con ello especial preocupación por descargar de responsabilidad al empresario cuando el desconocimiento provenga de la omisión informativa de la propia trabajadora.

al amparo de la normativa comunitaria, y ésta insta a hacer a la trabajadora afectada sujeto de la obligación de informar al empresario (181). La obligación se desprendería también de la protección debida al feto, acreedor de cualquier medida tendente a evitarle riesgos innecesarios y, por consiguiente, de la obligación de diligencia respecto de terceros facultados para llevarla a término, y no hay duda de que su madre -o su padre, cuando preste servicios en la misma empresa (182)- son los más capacitados para ello (183).

2. Y la de preavisar la necesidad de llevar a cabo tales actividades en horas de trabajo.

Nada prevén ni el artículo 26.4 LPRL ni el 37.3 f) ET respecto al modo en el que debe realizarse el preaviso (184). Habrá que estar, pues, a la ordenación de la cuestión vía negociación colectiva (185).

En cuanto al *segundo de los requisitos* -la justificación de la necesidad-, deberá acreditarse a través de algún medio que resulte suficiente para comprobar la veracidad del mismo [como la presentación del volante médico, que, obsérvese, no ha de ser necesariamente el del correspondiente Régimen de la Seguridad Social, sino que puede ser el que atienda efectivamente a la trabajadora,

(181) En el mismo sentido, R.I. SANTOS FERNÁNDEZ («La protección de la trabajadora embarazada en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales», Comunicación al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 16), que califica la omisión informativa de «incumplimiento laboral a los efectos del artículo 58.1 ET, o de falta conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas».

(182) Ha de entenderse que, en tal caso, cualquiera de los dos progenitores puede efectuar la comunicación al empresario, por tener ambos las mismas posibilidades para hacerlo. En definitiva, lo que interesa a la protección de la salud, en este caso del feto, es que su existencia llegue a conocimiento del empresario, con independencia del cauce que haya seguido la información. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22.4 de la Ley 31/1995, en materia de transmisión de información médica personal.

(183) La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Barcelona, de 9 de noviembre de 1995 (por tanto, anterior a la entrada en vigor de la Ley 31/1995), A.L. núm. 16, 1996, en la que se juzga un caso de despido -declarado nulo- por embarazo de la trabajadora, entiende que no existe para la trabajadora embarazada obligación alguna de comunicar su estado al empresario en el momento de la celebración del contrato de trabajo: F.D. cuarto c): «salvo en supuestos ciertamente especiales (verbigracia, trabajos potencialmente peligrosos que afecten bien al feto bien al desarrollo de las tareas), no hay ninguna obligación legal de comunicar la noticia al empresario cuando es contratada. El embarazo pertenece a la esfera personal e íntima de la mujer trabajadora: es ella quien decide libremente a quién y cuándo lo hace público. Nunca puede considerarse el embarazo como una "enfermedad" o "tara" de la mujer que impida el acceso al trabajo y que, por ello mismo, deba advertirse al empresario para que tome las cautelas oportunas.»

(184) Entiende GARRIGUES GIMÉNEZ (*op. cit.*, pág. 21) que, por razones de seguridad jurídica, resulta aconsejable utilizar la forma escrita.

(185) En cualquier caso, por falta de previsión expresa en la negociación colectiva del régimen de ejercicio de este derecho, habrá que aplicar las normas que en los convenios colectivos se dedican a la regulación del permiso para asistir a consulta médica, extendiendo su aplicación a los supuestos en que la finalidad de tal asistencia sea no la enfermedad sino la gestación, por ser ésta subsumible en la más amplia categoría de «asistencia a consultorio médico» o «asistencia médica», para la que se suele exigir que la justificación se realice a través de volante médico (o, en su caso, el parte de empresa: v.g., Convenio de Orense para Fábricas de Ataúdes, DOG de 27 de mayo de 1996, art. 24).

ya que el precepto no contiene obligación alguna al respecto (186), o certificación médica del centro asistencial clínico-ginecológico que acoga a la trabajadora para la realización de las técnicas preparto (187)], o la duración *real* de la ausencia, pero en tal caso la demostración habrá de realizarse *a posteriori*, pues *a priori* sólo podrá acreditarse la duración *prevista*.

Más fácil resultará cuando el permiso se solicite para llevar a cabo gimnasia de preparación al parto, pues en tal caso la duración de la sesión periódica -que tendrá carácter diario, semanal, etc.- será conocida de antemano. Su periodicidad, por otra parte, facilitará su conocimiento por parte de la trabajadora, que, en consecuencia, podrá comunicarlo al empresario con anterioridad al inicio de las sesiones («preaviso global»), sin necesidad de haber de preavisar cada vez que tenga lugar una de ellas. Es más, la comunicación al empresario debería realizarse en tales términos, es decir, advirtiéndose del calendario de sesiones y del horario en el que tendrán éstas lugar (sea siempre el mismo o sea variado, pero ya conocido), debiendo ser objeto de preaviso posterior los cambios que pudieran producirse en el horario de ejercicios previsto o, en su caso, la concreción del horario de cada una de las sesiones inicialmente desconocido por la trabajadora.

(186) En efecto, la certificación médica a la que se refiere el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y que debe expedirse necesariamente por facultativo de la Sanidad pública (el del Régimen de la Seguridad Social que asista a la trabajadora) se conecta con la determinación del riesgo para la salud de ésta, del feto o del lactante, pero nada se dice respecto de las acreditaciones justificativas de la necesidad de la ausencia en el permiso prenatal: por consiguiente, no existe impedimento alguno para que la certificación provenga de facultativo ajeno al sistema de la Seguridad Social.

(187) Artículo 47 h) del Convenio de «Vigilancia Integrada, S.A.», BOE de 22 de febrero de 1996.