

**JESÚS GONZÁLEZ VELASCO**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Magistrado*

**PAZ VIVES USANO**

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

(Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2005, rec. núm. 83/2004) \*

**La licencia para atender la lactancia del hijo es susceptible de disfrute en bloque de tiempo superior a la hora diaria, por acumulación del tiempo mediante el permiso de un mes retribuido.**

## **1. EL DERECHO A LA LICENCIA PARA LA LACTANCIA ES UN DERECHO DEL MENOR Y, DE MODO REFLEJO, DE LA MADRE O DEL PADRE**

Si la madre y el padre trabajan, es indudable que el niño recién nacido tiene que ser atendido por ellos, al mismo tiempo que trabajan, de conformidad con los derechos del menor que se expresan en la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990. Convención sobre los Derechos del Niño <sup>1</sup>. En ella se expresa que el niño tiene derecho a ser cuidado por sus padres (art. 7.º), al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24.1) y que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 271, octubre 2005.

<sup>1</sup> I.R. de 30 de noviembre de 1990.

superior del niño. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños <sup>2</sup>.

A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño <sup>3</sup>.

Se asegurará que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, y las ventajas de la lactancia materna <sup>4</sup>.

Se hace expresión concreta de que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él <sup>5</sup>.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención <sup>6</sup>.

En esta línea, y en la de otros instrumentos internacionales, se encuentra el artículo 39 de la Constitución Española, que viene a afirmar que los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad, que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres, así como aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los niños, se añade, gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (como si quisiera adelantar el contenido del art. 96 de la Constitución Española).

Y ésa es la línea que ahora hay que concretar a través del Código Civil (CC), donde se expresa que la patria potestad comprende el deber de alimentar a los hijos, y velar por ellos, de manera que se ha de ejercer «siempre en beneficio de los hijos» <sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 18.1 y 2.

<sup>3</sup> Artículo 27.2.

<sup>4</sup> Artículo 24.2 e).

<sup>5</sup> Artículo 19.1 y 2.

<sup>6</sup> Artículo 4.º.

<sup>7</sup> Artículo 154 del CC. Y en relación con él el artículo 143 del CC, que expresa el deber de alimentos entre descendientes y ascendientes.

Luego el artículo 37.4 y 6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) concreta, en una cierta medida, el derecho del niño a la alimentación adecuada, pues en él se expresa que las trabajadoras tienen derecho a una hora de ausencia del trabajo, por lactancia de un hijo menor de 9 meses, que podrán dividir en dos fracciones o sustituir por una reducción de su jornada en media hora, con esa finalidad. Este permiso puede ser disfrutado por el padre o la madre, indistintamente, en caso de que ambos trabajen. La concreción horaria y del período de disfrute del permiso de lactancia corresponde al trabajador, dentro de la jornada horaria y ha de preavisar con 15 días al empresario respecto de la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Debe dejarse como afirmaciones indubitadas que el niño o niña tienen el derecho a la más adecuada alimentación a cargo de sus padres, y que éstos tienen derecho a la protección de la legislación española para cumplir con ese deber.

O sea, que el derecho a la licencia diaria, en bloque de una hora, o en dos de media hora, o en una sencilla de media hora, y las demás concreciones expresadas, son o tienen que ser el mejor modo de atender a los padres que tienen que atender a su hijo, porque el derecho básico, origen de los suyos propios, es el derecho de aquél.

## 2. EL SUSTRATO DE LA STS DE 20 DE JUNIO DE 2005. LA RACIONALIDAD DE LA ACUMULACIÓN

Se da cuenta en la STS de 20 de junio de 2005 de que existen convenios colectivos en que el derecho a la licencia de la hora diaria para lactancia del hijo de hasta 9 meses, se ofrece mediante la posibilidad de acumulación horaria en bloques temporales de un mes u otro tiempo superior o inferior.

Son dos puntos de apoyo de la citada sentencia, para aceptar la validez del pacto colectivo que ofrece esa alternativa, la afirmación de que el artículo 37.4 de la LET contiene **un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional** y que es **susceptible de admitir la mejora en el convenio que es lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo** impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente **optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido**, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 del ET.

Es cierto, de toda evidencia, que la doble media hora de licencia en la jornada laboral, no atiende a la necesidad del niño, pues, por lo general, no permite a la madre o al padre, trasladarse al domicilio familiar, alimentar al bebé y volver al trabajo. Esa posibilidad queda como residual para casos de municipios pequeños, de situaciones excepcionales de proximidad del lugar de trabajo o, para el caso más verosímil, de guardería dentro de la propia empresa.

Existen bastantes casos en que el bebé se queda en municipio distinto de aquel en que presta el trabajo la madre o ambos padres. En esos supuestos, no vale ni la media hora ni la hora, sino tan sólo la reducción de la media hora de la jornada, pero ésta no cumple con el fin proyectado, porque se tarda más tiempo en el traslado desde donde trabajan los padres a donde permanece el niño.

Por eso, en no pocas ocasiones, se ha pedido por la madre que se le deje un tiempo mínimo de normalidad, un mes o quince días, al menos, a cuenta de su crédito a licencia de una hora diaria de los 5 ó 6 días de trabajo durante la semana. En ese tiempo de un mes, donde se incluyen –por exceso– las referidas horas diarias durante 5 meses, que es lo que aproximadamente queda desde la conclusión de la licencia por nacimiento de hijo (art. 48.4 LET) hasta que éste llega a los 9 meses, el bebé y la madre o el padre, tendrán mejor ejercicio del derecho, que con una media hora de adelanto o retraso de la jornada que poco les dice.

### 3. LAS EXPRESIONES DEL TEMA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS MÁS RECIENTES

No son muchos los convenios colectivos que se dedican a dar una visión propia del derecho a la licencia por lactancia del hijo menor de 9 meses.

Si se pone el punto de referencia en lo publicado desde el inicio del presente año 2005 hasta mediados de mayo de 2005, no llegan a 95 los que tienen alguna regulación por sencilla que sea, incluyendo los que se remiten a la LET o copian su texto.

3.1. Existe algún supuesto en que la redacción se refiere al trabajador como titular del derecho, en vez de a la trabajadora, pero puede estimarse una referencia imprecisa. Así se dice que **la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en el apartado anterior (art. 17.3), corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria**: Convenio colectivo de trabajo del sector de mayoristas de alimentación y centros de distribución de Tarragona, suscrito el 4 de abril de 2005 <sup>8</sup>.

Esa imprecisión se ve cuando se ofrece el derecho a más de dos personas. Así se lee que **en el caso que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio por razones justificadas de funcionamiento de la empresa**: IX Convenio Colectivo, de ámbito estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, de 21 de febrero de 2005 <sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 17.4.

<sup>9</sup> Artículo 32.2 y 3.

**No faltan casos en que no se singulariza que la elección sea de la trabajadora. Se añade que los trabajadores podrán sustituir ese derecho por la reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad:** Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Mercancías de Ceuta, para el período de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2006 suscrito el 12 de abril de 2005 <sup>10</sup>.

3.2. Pero no faltan supuestos en que la diversidad de la titularidad del derecho a la licencia es amplificadora, lo que desde luego evita que sea la madre la única titular y, por ello, que se pueda estimar que se mantiene el tenor del artículo 37.4 de la LET.

Así se dice: **Se concede el derecho y todas sus singularidades al trabajador o trabajadora:** Convenio colectivo de ámbito sectorial para la actividad de Ayuda a Domicilio para la provincia de Ciudad Real, para los años 2004 a 2007 <sup>11</sup>.

XI Convenio Colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Personas con Discapacidad de 17 de diciembre de 2004 <sup>12</sup>.

Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para los años 2004 al 2008 del Sector de REGULACIÓN DEL ESTACIONAMIENTO LIMITADO DE VEHÍCULOS EN LA VÍA PÚBLICA, MEDIANTE CONTROL HORARIO Y CUMPLIMIENTO DE LAS ORDENANZAS DE APARCAMIENTO, ASÍ COMO EL SERVICIO DE RETIRADA DE VEHÍCULOS MAL ESTACIONADOS EN LA VÍA PÚBLICA, de Alicante, de 17 de diciembre de 2004 <sup>13</sup>.

Convenio colectivo de trabajo de tocineros-charcuteros, carniceros, despojos comestibles y detallistas de volatería, huevos y caza de Barcelona y provincia, de 25 de noviembre de 2004 <sup>14</sup>.

En otras ocasiones no se concreta quién escoge: Convenio colectivo de trabajo del sector del tiempo libre educativo y sociocultural para los años 2005-2007 suscrito los días 16 de marzo, 21 de marzo y 14 de abril de 2005 (art. 63).

Convenio Colectivo del Sector de Auto-Taxi de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 20 de abril de 2005 <sup>15</sup>.

Convenio Colectivo para las Oficinas de Farmacia del Principado de Asturias para los años 2005 a 2009 de 26 de abril de 2005 <sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Artículo 15 g).

<sup>11</sup> Artículo 42.

<sup>12</sup> Artículo 43.

<sup>13</sup> Artículo 25 h).

<sup>14</sup> Artículo 18 e).

<sup>15</sup> Artículo 9.º.

<sup>16</sup> Artículo 17.2.

3.3. En algún caso se expresa que **podrá sustituir la regulación la trabajadora, por una reducción de la jornada de trabajo de una hora diaria**: es decir se amplía en media hora la reducción que ofrece la LET: Convenio Colectivo para las Oficinas de Farmacia del Principado de Asturias para los años 2005 a 2009 de 26 de abril de 2005 <sup>17</sup>.

En la misma línea se dice la sustitución **podrá ser de una hora si dicha reducción se concentra al principio o al final de su turno de trabajo**.

III Convenio Colectivo estatal para el Sector de Telemarketing de 8 de marzo de 2005 <sup>18</sup>.

3.4. En algún caso se ha incrementado algo la edad durante la que el hijo hace devengar el derecho de la madre o del padre.

Así se ha llegado a facilitar **hasta que el menor cumpla los doce meses**. [Convenio Colectivo Provincial del Comercio y las Industrias de Pastelería, Confitería, Bollería, Heladería Artesanal, Repostería, Pastelería Salada y Panadería Artesanal (Boutique del Pan), de Santa Cruz de Tenerife, para los años 2004-2006 <sup>19</sup>].

3.5. A veces, el intento de mejora es impreciso y **críptico**: el trabajador o trabajadora tendrá la posibilidad de **acumular la hora de ausencia a continuación de la licencia de maternidad en los términos establecidos por el artículo 37.4 del ET**. Es decir que si se está a los términos establecidos en el artículo 37.4 de la LET, no se va a poder ejercitar al mismo tiempo el incremento de media hora que se ofrece en este Convenio: Convenio Colectivo para el Sector Tintorerías y Lavanderías de Vizcaya para los años 2004-2006, de 23 de diciembre de 2004 <sup>20</sup>.

3.6. En alguna redacción se ha hecho una precisión que beneficiaría a ambos cónyuges si trabajasen en el mismo sector y en distintas empresas, cuando se dice: para la lactancia de un hijo menor de nueve meses los trabajadores tienen derecho a una pausa de una hora de trabajo durante la cual podrán ausentarse del lugar y centro de trabajo, que pueden dividir en dos fracciones.

El trabajador podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad, y podrá ser concedido indistintamente al padre o la madre en el caso de que ambos sean trabajadores **de la misma Empresa**: Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la provincia de Huesca para los años 2004-2005 <sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Artículo 17.2.

<sup>18</sup> Artículo 33.1.

<sup>19</sup> Artículo 22.5.

<sup>20</sup> Artículo 33.

<sup>21</sup> Artículo 24.1.

3.7. Se ofrece una interrupción, o sea, reducción de jornada sin sueldo, en algún texto, lo que no puede impedir que la duración legal tenga que ser retribuida, y sólo el resto hasta las dos horas diarias, sin salario. Así cuando se dice que: **asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de 2 horas, con la disminución proporcional del salario:** Convenio Colectivo Provincial de Comercio Textil, Calzado y Piel para 2004 <sup>22</sup>.

Esto es lo que con manifiesta ilegalidad se dice, al afirmarse que l@s trabajadores/as, por lactancia de un hijo menor de nueve meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo. Se podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada de trabajo, **con la disminución proporcional de salario**, entre al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla: Convenio Colectivo de trabajo, de ámbito sectorial, para Hostelería de la provincia de Jaén, de 27 de septiembre de 2004 <sup>23</sup>. La ilegalidad se encuentra en que se ha suprimido la media hora de reducción alternativa de la jornada, que es retribuida en el artículo 37.4 de la LET.

3.8. No falta algún texto en que se añade algún deber al titular del derecho, que no es ilegal, por su manifiesta instrumentalidad con la finalidad del ejercicio del derecho del artículo 37.4 de la LET. Así se dice: en el caso de matrimonio en el que ambos cónyuges trabajan, sólo podrá utilizar este derecho uno de ellos, teniendo la obligación de **justificar ante la empresa que conceda el permiso, el que el otro cónyuge no está utilizando este derecho:** Convenio Colectivo Provincial del Sector del Transporte de Viajeros por Carretera de Córdoba y sus trabajadores, con vigencia para los años 2004 y 2005 <sup>24</sup>.

O cuando se dice que podrá ser disfrutado por padre o madre si ambos trabajan **previo justificante de que no lo disfrute el otro cónyuge.**

Convenio Colectivo para el Sector de Tintorerías y Lavanderías de Vizcaya para los años 2004-2006, de 23 de diciembre de 2004 <sup>25</sup>.

3.9. Abundan las recepciones literales de la regulación de la LET, o su remisión a ella <sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Artículo 13 A) i).

<sup>23</sup> Artículo 29 I).

<sup>24</sup> Artículo 29 G).

<sup>25</sup> Artículo 33.

<sup>26</sup> **Recogen o se remiten al texto de la LET:**

Convenio Colectivo de Trabajo de transporte de mercancías por carretera, suscrito con fecha 13 de abril de 2005 [art. 32 e)].

Convenio Colectivo del Sector de «COMERCIO DE ALIMENTACIÓN» de Valladolid de 2005 (art. 26).

Colectivo de Trabajo para el Sector de Construcción y Obras Públicas de Granada de 2005 (art. 69).

Convenio colectivo de (código número 3300385, expediente número C-18/05) Empleados de Notarías del Principado de Asturias de 15 de abril 2005 (art. 10.6).

Convenio Colectivo de trabajo para el sector de Peluquerías, Institutos de Belleza, Gimnasios y similares para Palencia, de 2005 (art. 15).

Convenio colectivo del sector de «Alquiler de Vehículos Con y Sin Conductor», de la Comunidad de Madrid, de 28 de febrero de 2005 (art. 19).

3.10. Se plantea en diversas regulaciones la duda de si se pretende una sustitución de la redacción legal del artículo 37.4 de la LET por otra más reducida, o si se copia tan sólo parte de su literalidad, estimando que el resto del artículo 37.4 de la LET se aplica *ex lege*, lo que ofrecería una dudosa eficacia. En el primer caso la pretensión sería manifiestamente ilegal.

Convenio Colectivo suscrito por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo Provincial del Sector de Clínicas Privadas de Córdoba, el 6 de abril de 2005 [art. 23 g)].

Convenio colectivo del sector de mayoristas de frutas varias, hortalizas y plátanos de A Coruña, de 22 de febrero de 2005 [art. 13 f)].

Convenio Colectivo de trabajo del sector «Construcción y Obras Públicas de la provincia de Burgos» de 23 de marzo de 2005 (art. 24.3).

Convenio Colectivo de trabajo del sector «Construcción y Obras Públicas de la provincia de Burgos» de 23 de marzo de 2005 (art. 32).

Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de «Industrias Vinícolas» de la Comunidad Foral de Navarra, de 2005 [art. 26 a)].

Convenio Colectivo del sector «EMPAQUETADO DE PLÁTANOS DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS», de 21 de diciembre de 2004 (art. 20.9).

Convenio Colectivo de trabajo, de ámbito sectorial, para Clínicas Privadas de la provincia de Jaén, de 7 de marzo de 2005 [art. 20 f)].

Convenio Colectivo Provincial de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife, para los años 2005-2008 (art. 25.10).

Convenio Colectivo de Trabajo del Sector Provincial para las «Industrias de la Confección de Guantes de Piel de Burgos», de 25 de febrero de 2005 (art. 26.3).

Convenio colectivo de trabajo del Sector de Exhibición Cinematográfica de la provincia de Valencia, de 18 de febrero de 2005 (art. 34.7).

Convenio Colectivo para las Empresas de la Región de Cantabria de Industrias de la Madera y dedicadas a la actividad de aserradores y almacenistas de Madera de 2005 a 2007 [art. 50 g)].

Convenio colectivo de ámbito sectorial para la actividad de Ayuda a Domicilio para la provincia de Ciudad Real, para los años 2004 a 2007 (art. 42).

Convenio colectivo de ámbito provincial de Construcción y Obras Públicas, de la provincia de Alicante para el año 2005 (art. 65.3).

Convenio colectivo del sector de comercio de alimentación de A Coruña de 2002 a 2005 [art. 17 f)].

Convenio Colectivo de (código 3303535, expediente número C-9/05) Servicios de Ayuda a Domicilio y Afines, del Principado de Asturias, para los años 2004 a 2008 [art. 33 i)].

Convenio colectivo de trabajo del sector de Construcción y Obras Públicas de la provincia de Valencia, de 2 de febrero 2005 (art. 9.º 3).

1.º Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas de 14 de mayo de 2004 (art. 26.8).

Convenio Colectivo del sector TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS de 15 de noviembre de 2004 [art. 14 f)].

Convenio Colectivo de Salas de Exhibiciones Cinematográficas de la provincia de Cádiz para el período de 1 de abril de 2004 al 31 de marzo de 2008 (art. 15.2).

Convenio colectivo de trabajo para el sector de Industrias de Hostelería para Palencia de 20 de diciembre de 2004 [art. 20 k)].

Convenio colectivo de trabajo del sector de trabajo de la exhibición cinematográfica para las provincias de Girona, Lleida y Tarragona para los años 2004-2007, suscrito los días 27 de octubre de 2004 y 26 de enero de 2005 [art. 23 f)].

Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Construcción y Obras Públicas, de Huelva de 12 de enero de 2005 (art. 28.7).

Convenio colectivo del sector Geriátricos Privados, para el Principado de Asturias de 14 de enero de 2005 para 2004 a 2006 (art. 43).

Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de la provincia de Salamanca para los años 2004-2007, de 4 de enero de 2005 (art. 25.8).

Convenio colectivo de trabajo del sector de pastelería, confitería, bollería y comercio de las mismas de la provincia de Valencia, para 2004 a 2009, de 16 de diciembre de 2004 (art. 20.6).

Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para los años 2004 al 2007 del Sector Industria Siderometalúrgica, de Almería, de 17 de diciembre de 2004 [art. 28. 2 a) y c)].

Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para los años 2005 y 2006 del Sector EXHIBICIÓN CINEMATOGRAFICA, de Almería, de 10 de noviembre de 2004 (art. 32.2).

Así ocurre cuando se lee un texto que es literalmente más reducido que el de la LET: **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 porciones. La trabajadora, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora, con la misma finalidad:** Convenio colectivo de trabajo del sector de Sanidad Privada de la provincia de Valencia, de 18 de febrero de 2005 <sup>27</sup>.

O cuando se **omite la posibilidad de reducción en media hora de la jornada laboral:** Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio de óptica al detalle de la provincia de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 <sup>28</sup>.

3.11. Algunos convenios contienen una manifiesta regulación más favorable que la de la LET.

Así se dice que: las trabajadoras que por lactancia de un hijo, menor de nueve meses, **hubieren optado por sustituir el derecho a una ausencia de una hora de trabajo por la reducción de la jornada normal en media hora destinada a la misma finalidad, disfrutarán de un descanso de media hora** que tendrá la consideración a todos los efectos de **trabajo efectivo**, del que podrán hacer uso en el momento que elijan dentro de la jornada habitual.

Convenio colectivo del sector de «Industria de la Madera de la Comunidad de Madrid de 25 de octubre de 2004» <sup>29</sup>.

O cuando se afirma que las/los trabajadores que tengan hijos menores de 9 meses, tendrán derecho a reducir su jornada ordinaria en **1 hora por lactancia, tanto al inicio como al final de su jornada, con arreglo a la Ley de conciliación de la vida familiar.**

Convenio colectivo del sector de comercio de muebles de A Coruña, para los años 2004-2005 <sup>30</sup>.

---

Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para los años 2004 a 2006 del Sector HOSTELERÍA Y TURISMO, de Almería de 2 de diciembre de 2004 [art. 27.2 a) y c)].

Y en ocasiones una reducción más amplia que es restrictiva del derecho:

Convenio colectivo de trabajo del sector de fabricantes de galletas de Barcelona y provincia, de 11 de febrero de 2005 (art. 43.1 y 3).

Convenio colectivo del Sector de Tintorerías y Lavanderías, de la Comunidad de Madrid, de 5 de julio de 2004 (art. 26.4 y 5).

Convenio Colectivo de Trabajo para el sector Oficinas y Despachos de Granada para los años 2005 a 2007 [art. 30.2 a) y c)].

Convenio Colectivo de Trabajo para el Sector de Manipulado y envasado de frutas y hortalizas, patata temprana y extra-temprana de la provincia de Granada de 2005 [art. 28 a) y c)].

Convenio Colectivo Provincial de Comercio de Bazares para 2004, de Santa Cruz de Tenerife [art. 13 A) h) y B) 1].

Convenio colectivo del Sector de Confección de Guantes de Piel y Similares, suscrito por la Asociación de Empresarios Fabricantes de Guantes, para la Comunidad de Madrid, de 21 de enero de 2005 (art. 27.4 y 5).

Convenio Colectivo Interprovincial de las empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías, Ortopedias y Perfumerías de 3 de enero de 2005 (art. 26).

Convenio Colectivo, de ámbito provincial, para la actividad de Comercio de Ávila de 14 de enero de 2005 (art. 26).

<sup>27</sup> Artículo 17 h).

<sup>28</sup> Artículo 13 f).

<sup>29</sup> Artículo 36.

<sup>30</sup> Artículo 13.3. Esta remisión a la Ley de Conciliación de la vida familiar plantea alguna duda que se ha de resolver a favor del texto del Convenio, que se ha inspirado –y ése es el interés de la cita– en los principios de dicha ley.

3.12. Se pueden reflejar aquí algunos textos de Convenios colectivos, anteriores a la etapa que se ha tenido en cuenta, por muestreo, que siguen siendo recientes, aunque menos.

3.12.1. Un caso es manifiestamente ilegal, aunque se pueda hablar de su razonabilidad.

Se dice: si el **trabajador presta servicios en jornada reducida o se acoge al derecho regulado en el artículo 39 de este Convenio, la licencia por lactancia se reducirá en la misma proporción**: XII Convenio Colectivo de la empresa ONCE y su personal de 20 de diciembre de 2002 <sup>31</sup>.

3.12.2. Una expresión de ampliación del derecho legal se encuentra cuando se dice que las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de **doce meses**, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen: III Convenio Colectivo Nacional para el sector de «Auto-Taxis de 18 de noviembre de 2002» <sup>32</sup>.

3.12.3. La exigencia de un requisito instrumental se observa al leer que las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en una hora, al inicio o al final de la misma, con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen, **siempre que se demuestre que no es utilizado por ambos a un mismo tiempo**: I Convenio Colectivo de la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, de 18 de diciembre de 2002» <sup>33</sup>.

3.12.4. En la misma línea que la que se detecta en el epígrafe siguiente, como ejemplos próximos al de la STS de 20 de junio de 2005, se ven los siguientes:

En un Convenio se dice que las trabajadoras y los trabajadores por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, retribuida, que podrán dividir en dos fracciones o **acumulada para su disfrute semanal o mensual**. Dicho período no podrán disfrutarlo, simultáneamente los dos cónyuges: **XI Convenio colectivo de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad de 17 de diciembre de 2004** <sup>34</sup> (art. 43).

En otro se expresa que las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma

<sup>31</sup> Artículo 36 h) 3.

<sup>32</sup> Artículo 24 I).

<sup>33</sup> Artículo 45 e).

<sup>34</sup> Artículo 43.

finalidad y que de común acuerdo entre empresa y trabajadora podrá ampliarse hasta 1 hora **o cualquier otra fórmula de acumulación que las partes acuerden**. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. XIV Convenio Colectivo General de la Industria Química, de 25 de mayo de 2004 <sup>35</sup>.

Y en un tercer convenio se dice que: por lactancia de hijos: los fijados legalmente. **Se establece la posibilidad de acumular el tiempo de lactancia en días completos, a opción de la trabajadora, como continuación a la baja maternal**: Convenio Colectivo Laboral, de ámbito estatal, para el Sector de Agencias de Viaje 2004-2006 de 24 de febrero de 2005 <sup>36</sup>.

3.12.5. No faltan convenios que copian o se remiten al texto de la LET <sup>37</sup>.

#### 4. LAS REGULACIONES CONVENCIONALES PRÓXIMAS A LAS QUE SE REFIERE LA LSTS DE 20 DE JUNIO DE 2005

Lo que más importa destacar de la regulación convencional es la posibilidad de que se pueda convenir o, sin más, ejercitar un nuevo derecho, el de acumulación de las horas de lactancia en uno o varios lapsos temporales.

Los textos convencionales son diversos y no siempre coincidentes. Se pasa ahora a recoger los aspectos relevantes de los mismos.

Se dice en uno de ellos que: **a petición de la madre o del padre, se podrá acumular el período de lactancia legal, a la baja por maternidad**.

Convenio colectivo de trabajo del sector de mayoristas de alimentación y centros de distribución de Tarragona, suscrito el 4 de abril de 2005 <sup>38</sup>.

Se lee en otro: **sin perjuicio de lo establecido en el artículo 37.4 del ET**, los trabajadores con «permiso de lactancia» tendrán derecho a una hora de ausencia al trabajo diaria que podrán dividir en dos fracciones. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la **madre o el padre** en el caso de que ambos trabajen. **Por acuerdo entre empresa y trabajador podrá optarse por acumular el total de horas de permiso por lactancia disfrutándolas de forma ininterrumpida a continuación de la baja maternal**: Convenio Colectivo de Comercio en General de Toledo de 6 de abril de 2005, para 2005 a 2007 <sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Artículo 50.1.

<sup>36</sup> Artículo 19 j).

<sup>37</sup> Tienen igual contenido que el artículo 37.4 de la LET:

IV Convenio Colectivo Nacional de Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados, de 22 de mayo de 2004 (art. 27).

III Convenio Colectivo estatal para el Sector de Telemarketing de 8 de marzo de 2005 (art. 33.1).

Convenio Colectivo General de la Industria Textil y de la Confección de 13 de junio de 2003 (art. 55).

<sup>38</sup> Artículo 18.

<sup>39</sup> Artículo 27.1 f).

Puede leerse en otro que: **se establece la posibilidad de acumular el tiempo de lactancia en días completos, a opción de la trabajadora, como continuación a la baja maternal:** Convenio Colectivo Laboral, de ámbito estatal, para el Sector de Agencias de Viaje 2004-2006 de 24 de febrero de 2005 <sup>40</sup>.

Se dice en otro convenio que: el permiso de lactancia establecido en el artículo 37, apartado 4 del ET. **Asimismo (las trabajadoras) podrán acumular la hora de ausencia a continuación de la licencia de maternidad en los términos del artículo 37.4 del ET:** Convenio Colectivo para el Sector Oficinas y Despachos de Vizcaya, de 7 de febrero de 2005 <sup>41</sup>.

Otro ejemplo se ve cuando se dice: **igualmente, quien haya disfrutado el período final de la baja por maternidad podrá optar por acumular los períodos de lactancia por un período de permiso retribuido de veintiún días naturales de duración.**

**Para ejercer este derecho, la trabajadora deberá solicitarlo, como mínimo, quince días antes de finalizar la baja maternal en la empresa.**

**Dicha petición se hará por escrito y con acuse de recibo; una vez cumplidos estos requisitos el permiso operará de forma automática, y una vez finalizado, su incorporación al puesto de trabajo será también automática:** Convenio colectivo del sector de «Distribución de Prensa y Revistas», de la Comunidad de Madrid, de 20 de julio de 2004 <sup>42</sup>.

O cuando se dice: las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de 9 meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada normal en una hora, con la misma finalidad o bien por el disfrute de **diez días naturales acumulables de forma continuada a la correspondiente licencia que disfrute por maternidad:** Convenio Colectivo del sector de Minoristas de Alimentación del Principado de Asturias, para el año 2004 <sup>43</sup>.

Otra modalidad es el agrupamiento por semanas o meses. Se dice: el derecho a una hora de ausencia del trabajo, retribuida... que podrá ser **acumulada para su disfrute semanal o mensual:** XI Convenio Colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Personas con Discapacidad de 17 de diciembre de 2004 <sup>44</sup>.

La acumulación puede hacerse también por días completos de licencia. Se expresa que: las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses tendrán derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que **podrán ser acumuladas en jornadas completas, de manera que el disfrute de los días de descanso, correspondientes al total de horas de lactancia acumuladas, se realice consecutivamente a la baja maternal de la trabajadora:** Sector «Servicio de Ayuda a Domicilio de la CAIB de Baleares para 2004 a 2007 <sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Artículo 19 j).

<sup>41</sup> Artículo 17 H).

<sup>42</sup> Artículo 35.3.

<sup>43</sup> Artículo 38.

<sup>44</sup> Artículo 43.

<sup>45</sup> Artículo 11 e).

Es también claro el texto del convenio, en el que se tasa el tiempo de licencia en diez días laborables, y que dice: El permiso por lactancia que al personal concede el artículo 37.4 del ET **podrá ser sustituido, por voluntad del solicitante, por una licencia retribuida de diez días laborables, que habrá de ser disfrutada, sin solución de continuidad, a continuación del disfrute de la baja por maternidad:** Convenio colectivo del Sector de Transportes de Mercancías por Carretera y Operadores de Transporte, de la Comunidad de Madrid de 29 de diciembre de 2004 <sup>46</sup>.

Algún convenio ofrece el derecho a la acumulación, de modo condicionado. Así cuando se dice que: Respecto al permiso de lactancia establecido en el artículo 37, apartado 4.º, del ET, **la trabajadora podrá optar entre hacer uso de la licencia en la forma indicada en el referido artículo (art. 37.4 LET), o alargar el permiso de maternidad en trece días naturales más para el año 2004, que pasará a ser de catorce días para el año 2005.**

**Esta opción sólo se podrá ejercer si la trabajadora se reincorpora a trabajar después de finalizar el permiso de maternidad, teniéndolo que solicitar con quince días de antelación al fin del mismo:** Convenio Colectivo para el Sector Artes Gráficas, Manipulados de Papel y de Cartón y Editoriales de Vizcaya de 28 de enero de 2005 <sup>47</sup>.

En ocasiones se refleja la posibilidad de acumulación no como un derecho de la trabajadora, sino como una **mera posibilidad**, que requiere la decisión facultativa de la empleadora. Así cuando se dice **la trabajadora podrá convenir con el empresario la acumulación de las horas de lactancia a que tenga derecho según el calendario de trabajo, en un solo período, a disfrutar inmediatamente después de la baja o permiso maternal.**

La misma posibilidad de pacto se observa cuando se lee que: **La dirección de la institución podrá autorizar al trabajador el disfrute del permiso, acumulándolo en jornadas completas, a razón de una hora por jornada completa en los períodos de trabajo efectivo:** Convenio colectivo de Galicia para el sector de actividad de asistencia sanitaria, tanto hospitalaria como extrahospitalaria, prestada en las instituciones sanitarias de titularidad pública bajo la modalidad jurídica de fundaciones o sociedades públicas autonómicas, sometidas al protectorado de la Consellería de Sanidad, de 2005 <sup>48</sup>.

En relación con estas posibilidades de acumulación se expresa en algún convenio que: **En todo caso, se respetarán los mínimos establecidos en el artículo 37 del ET:** Convenio Colectivo para las Oficinas de Farmacia del Principado de Asturias para los años 2005 a 2009 de 26 de abril de 2005 <sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Artículo 29.

<sup>47</sup> Artículo 6.º 3.3.

<sup>48</sup> Artículo 34 g).

<sup>49</sup> Artículo 17.2.

## 5. DE VUELTA SOBRE LA RACIONALIDAD Y SUFICIENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE LA LICENCIA POR LACTANCIA DEL HIJO MENOR DE 9 MESES

Se ha de ver si la **regulación legal se mantiene en su integridad y plenitud** y por lo tanto difícilmente se puede hablar de alteración o desvirtuación de lo que permanece, de modo que la aplicación o no de la norma estatutaria dependerá de la opción que ejerciten los trabajadores.

Es evidente que lo que hace el convenio es permitir una opción personal de mejora –nunca una imposición– que sin contrariar la vigencia plena de la norma, permite a aquellos trabajadores que –atendiendo a razones personales de cualquier índole– **consideren que su derecho queda más protegido y la finalidad de la norma más garantizada con la acumulación de los permisos de lactancia**, como dice la STS de 20 de junio de 2005.

Se dice también que el texto convencional **no destruye, ni limita el derecho debatido**, concebido siempre en atención y cuidado del menor, sino que, por el contrario, viene a ampliar, mejorando, la posibilidad de que, en los términos de la opción, **los padres elijan lo que consideren más favorable para el cuidado de sus hijos**.

Éste es el principal problema de la solución favorable a la acumulación de las horas para la lactancia del niño, que se reduce el número de días durante el que la atención al mismo se ofrece en el artículo 37.4 de la LET.

Si se ha acumulado al principio o al final, o en medio, es evidente que no se ha disfrutado desde que concluyó el tiempo de licencia por maternidad hasta que el menor llegó o llegará a los 9 meses. Por ello, el disfrute de la acumulación no puede ser «sin perjuicio de los derechos que se expresan en el artículo 37.4 de la LET», como se recoge en alguno de estos Convenios Colectivos.

Al final tiene que concluirse que la atención continuada durante 15 días o 30 días, no es igual que la atención diaria para permitir la lactancia del bebé, que es de lo que se trata. Aquello es muy importante, pero no es lo mismo.

Desde luego que cuando la madre opta por acumular no se está ante una renuncia abdicativa (art. 3.º 5 LET), pero es claro que se está impidiendo que el padre atienda, o pueda atender, por sí, a la lactancia del niño.

Que el convenio colectivo permita esta manera de que el niño venga a disfrutar de su derecho a alimento –porque ése es el derecho de que se trata–, no deja de requerir un planteamiento globalizador de los derechos del menor, y de su suficiente interpretación por la madre.

Pero, ¿cabe, antes de concluir el tiempo de disfrute de la acumulación, decisión de la madre en sentido contrario?

¿Qué pasaría si, disfrutado ya de manera acumulada el tiempo del derecho de lactancia, pero sin haber llegado aún el menor a los 9 meses de vida, surgiera una necesidad en éste que reclamase la atención directa de su lactancia por la madre o de la lactancia artificial por el padre?