

# La titularidad indiferente del permiso de lactancia; el caso Roca Álvarez\*

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ\*\*

## 1. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS NACIONALES

El reflejo, cada vez mayor, del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en nuestra legislación laboral y las numerosas garantías introducidas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar han modificado sustancialmente muchos aspectos de la legislación laboral a lo largo de estos últimos años. En otras ocasiones, las modificaciones legislativas han venido motivadas por interpretaciones jurisprudenciales que han tratado de impedir la existencia de reductos en los que la trabajadora continuase anclada en su tradicional papel de madre responsable del cuidado de la familia. Un ejemplo de lo anterior ha sido el papel de la jurisprudencia de la UE respecto del permiso de lactancia español, cuya interpretación ha provocado la

consiguiente modificación normativa para impedir que la titularidad de dicho permiso se atribuya en exclusiva a uno de los sexos, excluyendo o postergando al otro a una posición secundaria.

Así pues, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocida como Roca Álvarez<sup>1</sup>, se pronunció sobre una cuestión tradicionalmente polémica en el ordenamiento jurídico español, como es la exclusión del padre trabajador por cuenta ajena de la titularidad del permiso de lactancia. Esta sentencia es la respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia<sup>2</sup>, relativa a la interpretación de los apartados 1,3 y 4 del artículo 2 y del artículo 5 de la Directiva 76/207CEE, respecto de la titularidad del permiso de lactancia.

En concreto, el Sr. Roca Álvarez, trabajador por cuenta ajena, solicitó a su empresa el

\* Comentario a la S.TJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09).

\*\* Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez y Sesa Start España ETT, S.A.*, Asunto C-104/09, pendiente de publicación en el recopilatorio.

<sup>2</sup> Planteada ésta mediante resolución de 13 de febrero de 2009.

disfrute de este permiso, que le fue denegado, tanto por la empresa, como por el Juzgado de lo Social. Ambos fundamentaron su negativa en que la madre del menor no era trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia, considerándose, en consecuencia, que no cumplía el requisito imprescindible para la cesión del disfrute del permiso al padre trabajador por cuenta ajena: que la madre también fuese trabajadora por cuenta ajena. Recurrida la sentencia ante el TSJ de Galicia, éste acuerda suspender el procedimiento y elevar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE, en la que se cuestiona la vulneración del principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, por el artículo 37.4 ET, que reconoce la titularidad del permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres trabajadoras por cuenta ajena, pero lo deniega a los padres que disfrutaban de esta misma condición.

La razón de ser de esta reserva exclusiva a la madre de la titularidad del derecho guarda una clara relación con la evolución histórica del permiso de lactancia. Con carácter progresivo, los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar se han ido reconociendo indistintamente a los trabajadores, con independencia de su sexo. Recientemente, así ha sucedido con el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad tras la promulgación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>3</sup>. Pero la evolución del permiso de lactancia, hasta la sentencia Roca Álvarez, no había seguido esta pauta.

De acuerdo con la regulación proporcionada por el artículo 37.4 ET, en su redacción anterior a la entrada en vigor del RDL 3/2012, se reconocía la titularidad del permiso de lac-

<sup>3</sup> Esta norma reformó el artículo 48.4 ET para atribuir la titularidad de este derecho, indistintamente, al otro progenitor, en el supuesto de que la madre fallezca y en el caso de que ésta no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con acceso a prestaciones.

tancia y, en consecuencia, el derecho a ausentarse una hora del puesto de trabajo para atender la lactancia del hijo menor de nueve meses, exclusivamente a la madre que cumpliera la condición de ser trabajadora por cuenta ajena<sup>4</sup>. Ciertamente es que la madre podía ceder el disfrute total o parcial de este derecho al padre, pero tal decisión quedaba subordinada a un requisito principal, cual es que ambos progenitores trabajasen. Los tribunales han interpretado tal trabajo, no como el desarrollo de cualquier actividad lucrativa, sino como el trabajo por cuenta ajena, con las características exigidas por el artículo 1.1 ET y, en consecuencia, sujeto a la regulación de dicho ET.

Así pues, esta labor de promoción de la actividad conciliadora y el reparto de las cargas familiares entre mujeres y hombres hacía aguas cuando la mujer no disfrutaba de la condición de trabajadora asalariada por cuenta ajena. Al carecer de la titularidad del derecho, no sólo le resultaba imposible beneficiarse de él, sino que tampoco podía ceder su disfrute al padre, aun cuando éste sí fuese trabajador por cuenta ajena<sup>5</sup>.

La sentencia Roca Álvarez dio lugar a la modificación del artículo 37.4 ET. El RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>6</sup> y, poste-

<sup>4</sup> Recuérdese que, conforme al artículo 37.4 ET, «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 finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre, en el caso de que ambos trabajen».

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión, véase E. GARCÍA TESTAL, *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2008), pp. 41 y ss.

<sup>6</sup> Como indica P. CHARRO BAENA, (*Los derechos individuales del trabajador: conciliación de la vida familiar y laboral y vacaciones laborales*, IUS-Revista de investigación jurídica, nº 3, 2012, p. 1), la finalidad de esta reforma no es tanto las reconocidas en el prólogo del RDL en orden a «facilitar la creación de empleo, corregir



riormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, abandonan la redacción inicial de dicho artículo para dar entrada al padre, además de a la madre, como titulares del derecho. Esta modificación ya se advierte en la desaparición, al inicio del apartado 4, de la referencia a «Las trabajadoras» que, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia al trabajo. En la nueva redacción son «los trabajadores», sin distinción de género, los titulares del derecho citado. No obstante, y como refuerzo de lo anterior que evite cualquier duda interpretativa, se modifica el último párrafo del referido artículo 37.4 ET, que anteriormente afirmaba que «este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen», para indicar ahora que «este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen»<sup>7</sup>. Así pues, el nuevo artículo 37.4 ET, a diferencia del ante-

las debilidades del modelo laboral español y, fundamentalmente, contribuir al saneamiento y a la mejora de la economía», sino más bien «y fundamentalmente» la de adaptar algunas de nuestras normas a la doctrina jurisprudencial vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>7</sup> En concreto, el nuevo artículo 37.4 ET queda redactado de la siguiente manera: «En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen».

rior, ya no se limita a conceder el disfrute del derecho al trabajador, reservando la titularidad a la madre del lactante, sino que expresamente reconoce el permiso de lactancia como «un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres», si bien su ejercicio se limitará a uno de ellos, cualquiera, en el caso de que ambos trabajen.

Pese a todo, la modificación legislativa que aquí se comenta, tiene su origen en un interesante periplo jurisprudencial, parejo a la evolución del significado del propio permiso de lactancia, del que se da cuenta a continuación.

## 2. LA INCOMPLETA EVOLUCIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA A LA LUZ DE LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Desde que la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre Protección de la mujer y el niño en el trabajo reconoció a las mujeres trabajadoras el derecho a dos descansos retribuidos de treinta minutos, uno por la mañana y otro por la tarde, para amamantar a sus hijos en período de lactancia, este permiso ha estado vinculado, exclusivamente, a la mujer trabajadora<sup>8</sup>, tanto en nuestra normativa interna<sup>9</sup> como en la

<sup>8</sup> Conforme al artículo 9 de esta Ley, «Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, aprovechables, uno, en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia».

<sup>9</sup> En términos similares, el artículo 168 de la Ley de contrato de Trabajo de 1944, Texto refundido aprobado por Decreto de 26 de enero y 31 de marzo, reconoció que «las mujeres tendrán derecho, siempre dentro de la

internacional<sup>10</sup>. No extraña esta limitación al observar que, en sus orígenes, el permiso de lactancia estuvo estrechamente dirigido a la alimentación natural del menor que, biológicamente, sólo la madre puede ofrecerle.

Paulatinamente, y aunque todavía ligado a la alimentación del hijo, la interpretación jurisprudencial fue ampliando el objeto del permiso de lactancia hasta comprender en él la alimentación artificial que, en consecuencia, al ser independiente de la condición biológica de la mujer, puede ser proporcionada igualmente por el padre<sup>11</sup>. La evolución, no obstante, no se detuvo ahí<sup>12</sup>, sino que el objeto del permiso se amplió de la alimentación, en términos estrictos, al cuidado general del hijo menor de nueve meses<sup>13</sup>.

jornada de trabajo, a una hora de descanso a día divisible en dos períodos de media hora cada uno. Estos descansos serán utilizados por las madres, cuando juzguen conveniente, sin más que comunicar al Director o representante de la empresa, al entrar al trabajo, la hora que hubiesen escogido. No será en manera alguna descontable de los jornales el tiempo destinado a la lactancia». Posteriormente, el artículo 25.5 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, sustituyó el término «amamantamiento» por el actual de «lactancia».

<sup>10</sup> Sobre la evolución de este permiso desde su reconocimiento en las primeras normas laborales nacionales e internacionales y hasta la actualidad, véase J.F. LOUSADA AROCHENA, *El permiso de lactancia*, RL, 1996, nº 14 (La Ley 5757/2002)].

<sup>11</sup> Al respecto, véanse sentencias TC 109/1993, de 25 de marzo y 187/1993, de 14 de junio.

<sup>12</sup> La regulación del artículo 25.5 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, muy similar a la que contenía el artículo 37.4 ET con anterioridad a la reforma de 2012, ya se aparta de la concepción de este permiso como derecho de la mujer para vincularlo al beneficio del menor, si bien limita su duración a 9 meses y lo amplía tanto a los supuestos de lactancia natural como artificial. Sobre esta cuestión, véase E. GARCÍA TESTAL, op. cit., págs. 25 y 26.

<sup>13</sup> En este sentido, la STS de 19 de junio de 1989 (sentencia nº 574/1989), indica que «en la actualidad se concreta el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia». En la misma línea, la SAN de 29 de

Así pues, pese a comprender tanto la lactancia natural como la artificial, la titularidad del permiso de lactancia continuaba siendo indiscutiblemente femenina, ligado a la madre del lactante, aun cuando la Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales desvinculó el objeto del permiso desde la mujer hacia el propio beneficio del lactante<sup>14</sup>. La mayor diferencia entre la regulación del permiso de lactancia en la Ley 16/1976, y su recepción en normas posteriores, como el art. 37.4 ET de 1980, residía en la posibilidad, permitida por este último, de que la trabajadora abandonase el puesto de trabajo, para proceder a la lactancia, más allá de la mera «pausa» que reconocía la norma anterior<sup>15</sup>.

Con el paso del tiempo, la doctrina comenzó a cuestionarse la constitucionalidad de este precepto y su acomodo al derecho de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres<sup>16</sup>, que, a nivel interno garantiza el artículo 14 CE y, a nivel comunitario, el artículo 19 TFUE (anterior artículo 13 TCE) y la Directiva 2006/54/CE<sup>17</sup>.

marzo de 2004 (sentencia nº 21/2004) concluye que «en la actualidad se concibe el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia.

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión, véase E. GARCÍA TESTAL, op. cit., pág. 25.

<sup>15</sup> Véase E. GARCÍA TESTAL, op. cit., págs. 26 y 27.

<sup>16</sup> En este sentido se han pronunciado autores como P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (*Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares*, en el volumen AA.VV. Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, CES (Madrid, 2004), p. 98), para quien «esta interpretación pone seriamente en entredicho el principio de igualdad». También para F.J. LOUSADA AROCHENA [*El permiso de lactancia*, cit.], «el permiso de lactancia es, justamente, una norma protectora de la mujer sujeta a revisión en la doctrina moderna, con justificación actualmente difícil como beneficio femenino exclusivo». Para A. DE LA PUEBLA PINILLA [*La titularidad del permiso de lactancia. Razón y voluntad en la interpretación judicial del derecho*, Diario La Ley, 2008, nº 6875 (La Ley 179/2008)].

<sup>17</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de

Como es lógico, esta diferencia de trato sólo podía encontrar justificación en el primigenio origen del derecho, la función de alimentación natural del lactante, ya que, al tratarse de un acto biológico, no puede ser dispensado más que por la madre<sup>18</sup>. El Tribunal Constitucional no consideró discriminatoria la restricción de la titularidad del permiso exclusivamente a la mujer<sup>19</sup>. Pero, nuestro ordenamiento jurídico actual, caracterizado por la paulatina pero imparable incorporación de los derechos de conciliación y de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, impide concluir que el padre no pueda alimentar al menor y proporcionarle los cuidados que éste necesite durante el tiempo que dura el permiso. A tal fin, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, reformó el ET con el fin de que el permiso pudiera ser disfrutado por ambos progenitores, comprometiendo así al padre en el cuidado del menor y superando una concepción que ya no se ajustaba a la realidad, a través de la cual el cuidado del hijo se vinculaba exclusivamente a la madre.

Sin embargo, la evolución que experimentó la comprensión del significado del permiso no se vio acompañada de su redacción. El artículo 37.4 ET circunscribía la titularidad del permiso a la madre trabajadora, otorgando al padre exclusivamente su disfrute en el caso de que ella así lo decida. Y, en modo alguno, el padre podrá ser titular del derecho cuando la madre decida disfrutarlo en su integridad, o bien carezca de él, lo cual sucederá cuando ésta no tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena y el convenio colectivo aplicable no contenga una regulación más favorable que la

---

igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que deroga las directivas 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero y 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre.

<sup>18</sup> Así se desprende del artículo 3.d) del Convenio nº 3 OIT y del artículo 5 del Convenio nº 103 de la OIT, en relación con lo establecido por el artículo 37.4 del ET en la redacción dada por la Ley 8/1980.

<sup>19</sup> Véase SSTC 109/1993 y 187/1993, cits.

legal. La misma consecuencia, esto es, la imposibilidad del padre de disfrutar del permiso de lactancia, procederá en el caso de que se trate de un padre viudo con un hijo menor de nueve meses o cuando aquél sea divorciado o separado, ya que, a diferencia de lo que sucede con el permiso de maternidad, no hay en el de lactancia regulación expresa al respecto.

Por otra parte, tampoco se concreta en este precepto el problema del disfrute del permiso en las familias monoparentales pues, como indica algún autor, la Ley 3/1989 prevé el ejercicio paterno del permiso en el caso de que ambos progenitores trabajen, pero nada indica sobre su titularidad en el supuesto de ausencia de la madre<sup>20</sup>.

### 3. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA DENEGACIÓN DEL DISFRUTE POR EL PADRE DEL PERMISO DE LACTANCIA EN EL CASO DE QUE LA MADRE NO SEA TRABAJADORA POR CUENTA AJENA

De acuerdo con la redacción ofrecida por el citado artículo 37.4 ET, «las trabajadoras» resultaban ser las únicas titulares de este derecho. Como observa el Tribunal de Justicia en la citada sentencia Roca Álvarez, «la cualidad de progenitor no es suficiente para permitir que los hombres que tengan la condición de trabajador por cuenta ajena disfruten del permiso, y lo es en cambio para las mujeres que tengan esa misma condición»<sup>21</sup>. Repárese en que, en otras ocasiones, el legislador español sí utilizó la expresión genérica de «trabajadores» cuando quiso otorgar un derecho a los de uno y otro sexo<sup>22</sup>, mientras

---

<sup>20</sup> Véase F. LOUSADA AROCHENA, *El permiso de lactancia*, cit. Véase también en este sentido, E. GARCÍA TESTAL, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

<sup>21</sup> Fundamento Jurídico 23.

<sup>22</sup> En palabras de la reciente STS de 9 de diciembre de 2009 (recurso nº 8/2008), «La naturaleza y finalidad

que en el de lactancia lo circunscribía a «la trabajadora». Además, en otras ocasiones en las que se quiere enfatizar el reconocimiento de algún derecho al padre, se hace constar expresamente, como sucede en el mismo artículo 37.4 ET, tras la modificación incorporada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, para indicar que el permiso «podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en el caso de que ambos trabajen»<sup>23</sup>.

En consecuencia, de acuerdo con una interpretación literal de la redacción del artículo 37.4 ET, el padre del lactante protegido carecía de un derecho propio a la reducción de su tiempo de trabajo. Tan sólo disfrutaba de un derecho derivado, cuando se cumplían dos condiciones simultáneamente. En primer lugar, que la madre fuese trabajadora por cuenta ajena o funcionaria y, en consecuencia, titular del derecho. En segundo lugar,

de las aludidas ausencias o reducción de jornada han de interpretarse a la luz de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar, avanzando en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, permitiendo que ambos puedan acogerse a este beneficio, lo que redundará, en definitiva, en pro de la protección del interés de los menores. Por ello, como acertadamente razona la resolución recurrida, «es preciso entender que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador, es contraria al espíritu de la ley». Por ello, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica».

<sup>23</sup> Para F. LOUSADA AROCHENA (*El permiso de lactancia*, RL, 1996, tomo II, nº 14), se trata de una postura «claramente ecléctica, ya que, de un lado, no ha soltado totalmente el lastre histórico de su concepto clásico como beneficio de la trabajadora vinculado al amamantamiento, y, de otro lado, parece apuntarse a la tendencia revisionista moderna de parificar su titularidad para convertirlo en un auténtico permiso parental de cuidado de los hijos». Para este autor, la parificación absoluta que permitiera el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores «parece más acorde con el principio de igualdad entre ambos sexos, sin perjuicio, en su caso, de adoptar medidas de acción positiva o de protección de la lactancia natural».

que ésta decidiese cederle, en todo o en parte, su disfrute.

### 3.1. Conformidad con el ordenamiento jurídico español

La constitucionalidad del artículo 37.4 ET al amparo del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo constituye una cuestión que ya tuvo ocasión de resolver el Tribunal Constitucional a través de dos significativas sentencias: 109/1993, de 25 de marzo y 187/1993, de 14 de junio.

Para el Tribunal Constitucional, la maternidad y el embarazo constituyen una realidad biológica diferencial de la mujer que, por consiguiente, debe ser objeto de protección. Así se deriva del artículo 39.2 CE y, en consecuencia, «las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre»<sup>24</sup>. Aun cuando para el artículo 37.4 ET se tomen en cuenta las responsabilidades familiares y la protección del niño, su verdadera finalidad es «el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido»<sup>25</sup>. En otras palabras, la atribución exclusiva de este permiso a la mujer trata de compensar las dificultades adicionales que ésta encuentra en la conservación de su empleo, ante circunstancias como la maternidad o la lactancia que, biológicamente, van unidas a ella y no al hombre, en el transcurso de la relación laboral.

No obstante, esta decisión no fue, ni mucho menos, pacífica, a la vista del voto particular formulado por cuatro magistrados frente al fallo de la STC 109/1993. Consideraron éstos que la diferencia de trato en la titularidad del permiso de lactancia recogida por el artículo 37.4 ET, lejos de justificarse objetiva y razo-

<sup>24</sup> STC 109/1993, de 25 de marzo.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

nadamente como una medida de protección de la mujer trabajadora, motivada por el mero hecho biológico, «se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas».

Pese a la claridad con la que el Tribunal Constitucional se pronunció en ambas sentencias, las dudas acerca del carácter discriminatorio de este precepto legal no quedaron olvidadas. Ni faltaron decisiones jurisprudenciales que realizaron una interpretación correctora de los términos contenidos en el artículo 37.4 ET a la luz del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y el reparto, proporcional y equilibrado, de responsabilidades en la vida profesional y privada. Hasta el momento, los tribunales habían admitido la titularidad del padre sólo cuando existía un convenio colectivo que así lo dispusiese, haciendo uso de una regulación más favorable que la proporcionada por el citado artículo 37.4 ET<sup>26</sup>. Muestra de ello son las varias sentencias dictadas en relación con el disfrute por el padre del permiso concedido por el Convenio colectivo de la empresa «Telefónica de España, SAU», en el cual el derecho a ausentarse del puesto de trabajo se concedía a «los empleados con hijos menores de nueve meses»<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Es el caso resuelto por la STSJ Navarra de 15 de diciembre de 2003 (sentencia nº. 404/2003), en la que tajantemente se indica que «la titular originaria de este derecho es la trabajadora que sea madre de un menor de nueve meses. La trabajadora puede transmitir este derecho al padre del menor, si es también trabajador, pero el padre sólo accederá al disfrute del mismo, en el caso de que la madre decida renunciar a su prioridad de ejercer ese derecho (...) Ahora bien, este derecho depende de un previo requisito indispensable, cual es, que la trabajadora madre del menor esté vinculada por un contrato laboral, o lo que es lo mismo, que se trate de una trabajadora por cuenta ajena».

<sup>27</sup> Para la STSJ Navarra de 15 diciembre 2003, anteriormente citada, de la interpretación del convenio colectivo aplicable se desprende la voluntad de «admitir la posibilidad de no ser necesaria la condición de traba-

pero dos recientes sentencias se apartaron del criterio que, hasta entonces, habían sostenido los tribunales laborales. Es el caso de la sentencia de 14 de noviembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valladolid<sup>28</sup> y la STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2008. Afirma la primera de ellas que el disfrute «indistinto» del permiso de lactancia que el ET reconoce a ambos trabajadores ha de ser interpretado de acuerdo con la finalidad de facilitar la participación de los trabajadores en la vida familiar, sin que ello afecte negativamente a las condiciones de trabajo. De acuerdo con esto y con el mandato constitucional de protección de la familia y de la infancia que contiene el artículo 39 CE, debía interpretarse que el artículo 37.4 ET reconocía el derecho de cualquier padre de familia a disfrutar de dicho permiso, siempre y cuando no se produjese el disfrute simultáneo del mismo permiso por la madre. En el supuesto que resuelve la sentencia, dado que la madre no podía disfrutar de él por ser trabajadora autónoma, el permiso de lactancia debía de ser disfrutado por el padre<sup>29</sup>.

La segunda sentencia afirma, abiertamente, que «la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores, exigiendo exclusivamente la Ley que los dos sean trabajadores», cualidad que, de acuerdo con la sentencia,

jadora por cuenta ajena para poder transmitir ese derecho al padre, sino que también la madre trabajadora autónoma es titular del derecho y consecuentemente puede ceder su disfrute al marido».

<sup>28</sup> Procedimiento nº. 1183/2007.

<sup>29</sup> Para la sentencia, «la Ley 39/1999 pretendió configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la vida privada, transponiendo a la legislación española las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria y superando los niveles mínimos de protección previstas en las mismas», de modo que «el cambio legislativo tiene por finalidad posibilitar o facultar la participación de los trabajadores en la vida familiar, sin que ello afecte negativamente a las condiciones de trabajo».

ostentan todos aquellos que trabajan por cuenta ajena, pero también quienes lo hacen por cuenta propia. Para justificar esta interpretación, la Sala acudió a la «paridad entre el hombre y la mujer» hacia la que ha ido caminando nuestra legislación, en concreto, la Ley orgánica 3/2007 que, en su artículo 44.1, establece que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. De acuerdo con ello, la Sala entendió que la interpretación tradicional del artículo 37.4 ET debía de ser revisada, con el fin de favorecer la corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación, «dando igual tratamiento a las situaciones en las que ambos progenitores trabajen, con independencia de que uno de ellos lo haga como autónomo y del sexo de éste». Lo contrario, lejos de favorecer la situación laboral de la mujer, supondría un claro perjuicio en las condiciones económicas de ésta cuando ejerciera su actividad como trabajadora autónoma y, en consecuencia, careciese de la titularidad del permiso, pues en tal caso tampoco podría disfrutar de él el padre trabajador. En consecuencia, la mujer trabajadora por cuenta propia se vería obligada a reducir una parte de su actividad, para conciliar ésta con su deber de atención al hijo, disminuyendo así sus beneficios económicos.

En todo caso, recuérdese que ninguna de estas interpretaciones contradictorias llegó a ser casada en unificación de doctrina por el TS, al no plantearse más que un recurso de este tipo, resuelto por la STS de 7 de abril de 2005<sup>30</sup>, en relación con la titularidad del permiso de lactancia. Pero en él la Sala no entró a conocer del fondo de la cuestión, al apreciar falta de contradicción entre ambos supuestos de hecho. Uno y otro ofrecían la misma inter-

<sup>30</sup> Recurso nº 430/2004.

pretación del artículo 37.4 ET, si bien alcanzaban diferentes fallos al aplicarse, en una de las sentencias, un convenio colectivo que mejoraba la regulación legal. Por consiguiente, la única sentencia que vino a resolver, de manera definitiva, las dudas sobre la titularidad del permiso de lactancia, fue la dictada por el Tribunal de Justicia el 30 de septiembre de 2010.

### 3.2. Conformidad con el Derecho de la Unión Europea: la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2010

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 156.4 TFUE y la Directiva 76/207, posteriormente modificada por la Directiva 2006/54/CE, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, se reconoce que el principio de igualdad de trato no impide a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que prevengan ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales<sup>31</sup>. No obstante, como excepción al principio general de no discriminación, estas medidas de acción positiva deben ser objeto de una interpretación restrictiva<sup>32</sup>. Así pues, la diferencia de trato debe estar fundamentada en una justificación objetiva y razonable para evitar que se convierta en una causa de discriminación directa por razón de sexo.

A partir de este razonamiento, el Tribunal de Justicia en su sentencia Roca Álvarez considera que el artículo 37.4 ET no cumple la

<sup>31</sup> Véase sentencias TJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93; de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, asunto C-409795; y de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99.

<sup>32</sup> STJCE de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, asunto 222/84.

primera de las referidas justificaciones. Conforme al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 76/207, «la presente Directiva contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo (...), así como a las condiciones de trabajo». Procede analizar, en primer lugar, si el permiso de lactancia, que en palabras del Tribunal de Justicia «reviste concretamente la forma de una autorización de ausencia durante la jornada laboral o bien una reducción de la duración de ésta» puede ser considerado como una condición de trabajo. Para el Tribunal, esta medida tiene como efecto modificar los horarios de trabajo y, en consecuencia, afecta por tanto a las «condiciones de trabajo» en el sentido del artículo 5 de la Directiva 76/207.

Aclarada su consideración como «condición de trabajo», resulta obvio que el anterior artículo 37.4 ET recogía una clara diferencia entre hombres y mujeres en cuanto a la titularidad del permiso, reservada exclusivamente a la mujer. El artículo 2 de la Directiva dispone lo siguiente: «El principio de igualdad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Y ello matizado por lo dispuesto en el artículo 3, según el cual: «La presente Directiva no obstará [a] las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad». Así pues, podría entenderse justificado el trato diferenciado que se otorgaba a la madre y que, por el mismo, negaba al padre la titularidad del permiso de lactancia, si esta diferencia estuviese fundamentada en la protección de la mujer ante situaciones de embarazo y de maternidad.

Sin embargo, considera el Tribunal de Justicia, el permiso de lactancia no tiene por finalidad principal la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. El permiso español, a pesar de su

denominación, y a diferencia de su finalidad primigenia, ya no comprende exclusivamente la modalidad de lactancia natural, ni siquiera requiere de la lactancia, natural o artificial, en sentido estricto. En la actualidad este permiso se encuentra totalmente desvinculado de la función de amamantar al hijo menor de nueve meses por parte de la madre trabajadora. En palabras del Tribunal de Justicia, «se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad».

De la última modificación sufrida, hasta entonces, por el artículo 37.4 ET se desprendería claramente que la finalidad de este permiso se había alejado por completo del aspecto general de la alimentación, en cuanto permite que el derecho a una hora de ausencia del trabajo pueda acumularse y convertirse en un derecho a un permiso sin interrupción. De este modo, durante los días en los que sí se trabaja, el titular del permiso ya no dispone de un tiempo adicional para la lactancia o la alimentación del hijo. A la vista de estas circunstancias, parece, pues, que el objetivo del permiso se encuentra, más bien, en proporcionar un tiempo adicional para el cuidado del hijo. Durante este tiempo, entre las funciones del titular del permiso puede de incluirse, como no puede ser de otra manera, la de la alimentación del menor, pero en modo alguno ésta constituye la función única, ni siquiera principal, de dicho permiso<sup>33</sup>.

Una vez superada su finalidad exclusivamente alimenticia, el permiso de lactancia debe extenderse al cuidado integral del hijo durante sus primeros meses de vida. De

<sup>33</sup> Como indica la SAN de 29 de marzo de 2004 (sentencia nº 21/2004), «en la actualidad se concibe el permiso como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia»

acuerdo con reiterada jurisprudencia comunitaria<sup>34</sup>, es preciso proteger las necesidades de las mujeres trabajadoras en un doble aspecto. Por una parte, en la condición biológica de la mujer, durante el embarazo y después de éste. Por otra, de las especiales relaciones entre la mujer y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. Por consiguiente, se hacía necesario precisar si la interpretación del artículo 37.4 ET, que impedía al padre disfrutar de la titularidad del permiso de lactancia en el caso de que la madre fuese trabajadora por cuenta ajena, estaba justificada de acuerdo con alguna de las finalidades anteriores.

Pero la protección de la madre en su condición biológica durante el embarazo y el parto no parece constituirse en el fundamento principal del permiso de lactancia. De acuerdo con el artículo 37.4 ET, el padre podría disfrutar en exclusiva del ejercicio de este permiso siempre y cuando así lo decidiese la madre, quien podría seguir trabajando a jornada completa durante todo el período de tiempo que dure el permiso. Por el mismo razonamiento, tampoco este permiso trataba de proteger las especiales relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al parto con el fin de evitar la acumulación de cargas que derivarían del ejercicio simultáneo de la actividad laboral y del cuidado del hijo. Lejos de ello, podría considerarse que el principal beneficiario de este permiso es el hijo lactante, cuya necesidad de cuidados quedaría cubierta tanto si se los proporciona el padre como la madre.

Así pues, de lo anterior se desprende que la diferencia de trato que contenía el artículo

<sup>34</sup> Sentencias TJCE de 12 de julio de 1984, *Hoffman*, asunto 184/83; de 30 de abril de 1998, *Thibault*, asunto C-136/95; de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, asunto C-342/01; de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, asunto C-366-99, y de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, asunto C-116/06.

37.4 ET no quedaba justificada por ninguna de las dos posibilidades admitidas en la Directiva 76/207<sup>35</sup>.

#### 4. LOS FUNDAMENTOS DEL CAMBIO LEGISLATIVO

Los anteriores razonamientos no condujeron a concluir, directamente, que la regulación del permiso de lactancia contuviese una discriminación directa por razón de sexo. Repárese en que, como ha reiterado el Tribunal de Justicia, entre otras en la sentencia *Hoffman*<sup>36</sup>, la Directiva reserva a los Estados una facultad de apreciación respecto de las medidas sociales que cada uno de ellos acuerde con el fin de proteger a la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la citada Directiva, ésta: «no obstará [a] las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

El Tribunal de Justicia recuerda en su sentencia *Roca Álvarez*, como ya lo había hecho

<sup>35</sup> La Directiva 76/207 fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269, p. 15), y derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, p. 23).

<sup>36</sup> En concreto, esta sentencia se refería a una disposición de un Estado miembro que atribuía exclusivamente a las madres, tras la expiración del plazo legal de protección, un período de descanso por maternidad retribuido por el Estado, el cual no podía ser disfrutado por el padre en ningún caso. El Tribunal declaró que la Directiva 76/207 no obliga a los Estados miembros a permitir, alternativamente, la concesión de tal período de descanso al padre, puesto que dicho período tiene por objeto la protección de la mujer respecto de las consecuencias del embarazo y de la maternidad.

en su momento la doctrina constitucional, el efecto boomerang que este tipo de derechos puede ocasionar en la relación laboral de las mujeres. Las medidas de acción positiva, que implican una diferencia de trato por razón de sexo con el fin de proteger a aquel de ambos que sufra mayores dificultades en su carrera profesional, sólo pueden justificarse por el tiempo imprescindible, esto es, mientras esa pretendida igualdad no se alcance de manera efectiva. Pero desde el momento en el que tal condición se cumpla, la medida debe desaparecer, pues habrá perdido entonces su justificación objetiva y razonable.

Una interpretación literal del artículo 37.4 ET, en su versión anterior al RDL 3/2012, podría producir el pernicioso efecto de favorecer la contratación de trabajadores varones y postergar la de las mujeres, al carecer éstos de la titularidad del permiso de lactancia e, incluso, verse privados de cualquier posibilidad de disfrutarlo en el caso de que la madre fuese una autónoma. Por el contrario, la situación sería muy diferente en el supuesto de que el empresario se decidiese a contratar a una mujer, ya que ésta podrá ser, si así lo desea, la única que disfrutaría del permiso de lactancia, con independencia de que el padre tuviera o no la condición de trabajador por cuenta ajena.

Las consecuencias de restringir exclusivamente a las madres trabajadoras por cuenta ajena el derecho individual al permiso de lactancia, del que carecen, por el contrario, los trabajadores varones por cuenta ajena, pueden ser perniciosas e, incluso, contrarias a la finalidad que se pretende conseguir<sup>37</sup>. En primer lugar, porque ello mantiene, de modo for-

mal y real, el tradicional reparto de roles entre el padre y la madre, colocando a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto de sus obligaciones parentales, y siendo éstas quienes, incluso legalmente, tengan el derecho y el deber de cuidado del hijo, del que se ve privado el padre, al menos en su titularidad inicial.

En segundo lugar, porque se limita la posibilidad de que los trabajadores por cuenta ajena puedan asumir el cuidado de los hijos cuando la madre no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, sino que se trata, por ejemplo, de una trabajadora por cuenta propia. La consecuencia es, en cierto modo, perversa, puesto que es la madre autónoma quien, con la finalidad de cuidar al hijo, debe limitar su actividad por cuenta propia, asumiendo el consiguiente perjuicio económico que se derive del cese temporal de su actividad; o bien, en caso de no querer o no poder asumir dicho cese, debe soportar la correspondiente carga adicional de simultanear el cuidado del hijo con el ejercicio a tiempo completo de su actividad profesional. El perjuicio es aún mayor si se observa que en ninguna de ambas opciones el padre, aun cuando fuese trabajador por cuenta ajena, estaría capacitado para liberarla de esa carga.

A la vista de los razonamientos anteriores, la sentencia concluye que el artículo 37.4 ET contenía una discriminación directa por razón de sexo, que no quedaba amparada ni justificada en su naturaleza de acción positiva tendente a proteger los intereses de la mujer en el ámbito laboral.

Ante ello se planteó una evidente disyuntiva, acerca de las consecuencias derivadas de la indicada falta de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la Unión Europea en una relación de derecho privado, como es un contrato de trabajo. En otras, una directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y, en consecuencia, no puede ser invocada como tal con-

<sup>37</sup> Crítica con una interpretación tan estricta de este requisito, «de alguna forma, más allá de su literalidad» se pronuncia L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídico-laborales tendentes a asegurar la permanencia de la mujer en el empleo», en AA.VV. *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), págs. 252-253.

tra una persona privada<sup>38</sup>. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado, a partir de la sentencia Mangold<sup>39</sup>, que corresponde a los tribunales nacionales, también en litigios entre particulares, dejar sin aplicación cualquier disposición del Derecho nacional que sea contraria a la prohibición de discriminación por razón de edad. En consecuencia, y en ausencia de la pertinente modificación legislativa, serían los tribunales españoles quienes deberían interpretar la literalidad del artículo 37.4 ET de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea. No fue necesario, sin embargo, optar demasiado tiempo por esta opción jurisprudencial, pues en la reforma iniciada por el RDL 3/2012, el legislador adaptó el texto legal a lo exigido por el derecho comunitario.

Entretanto, en el año 2010, el mismo en el que se dictó la sentencia Roca Álvarez, se aprueba una nueva Directiva sobre el permiso parental de los trabajadores.

##### 5. LA DIRECTIVA 2010/18/UE DEL CONSEJO, DE 8 DE MARZO DE 2010, POR LA QUE SE APLICA EL ACUERDO MARCO REVISADO SOBRE EL PERMISO PARENTAL

Esta Directiva 2010/18/UE, aprobada el 8 de marzo de 2010, deroga la Directiva 96/34/CE para aplicar el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado el 18 de junio de 2009 por las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales (Business Europe, UEAPME, CEEP y CES), que figura en su anexo. En el curso de sus negociaciones, los interlocutores sociales europeos reexaminaron en su totalidad el

<sup>38</sup> Entre otras, sentencias TJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall (Asunto 152/84); de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (Asunto C-91/92); de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (Asunto C-397/01 a C-403/01).

<sup>39</sup> STJCE de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04.

Acuerdo marco de 1995 sobre el permiso parental. Por lo tanto, en lugar de limitarse a modificar la Directiva 96/34/CE, la derogan y la sustituyen por una nueva.

El artículo 153 TFUE ampara que la Unión apoye y complete la acción de los Estados miembros, entre otros en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Entre otros objetivos, esta Directiva pretende mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a sus oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo en toda la Unión Europea. Este Acuerdo establece, además, disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

De este modo, el Acuerdo marco enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental y se remite a los Estados miembros o a los interlocutores sociales para la adopción de sus condiciones de acceso y modalidades de aplicación, con el fin de tener en cuenta la situación de cada Estado miembro. También se tienen en cuenta las necesidades especiales de quienes tienen hijos con discapacidad o con enfermedad prolongada.

Se aplica a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación, los convenios colectivos o los usos vigentes en cada Estado miembro. Los Estados miembros o los interlocutores sociales no podrán excluir del ámbito de aplicación del presente Acuerdo a trabajadores, contratos de trabajo o relaciones laborales únicamente por el hecho de que se trate de trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o

de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal.

Así las cosas, el Acuerdo concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede alcanzar los ocho años, si bien deberán definirla los Estados miembros o los interlocutores sociales para cada Estado. La duración mínima del permiso será y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, debe, en principio, concederse con carácter intransferible al menos uno de los cuatro meses de los que constará el permiso. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros.

Las condiciones de acceso y las normas de aplicación del permiso parental se definirán por ley o convenio colectivo en los Estados miembros con arreglo a las disposiciones mínimas contenidas en este Acuerdo. En particular, los Estados miembros o los interlocutores sociales podrán: a) decidir si se concede el permiso parental a tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo, teniendo en cuenta las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores; b) subordinar el derecho al permiso parental a un período de trabajo o a una antigüedad, que no podrá ser superior a un año; al hacer uso de esta disposición, los Estados miembros o los interlocutores sociales velarán por que, en el caso de contratos sucesivos de duración determinada con el mismo empleador conforme a la definición de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre el trabajo de duración determinada, la suma de estos contratos se tenga en cuenta a la hora de calcular la antigüedad necesaria;

c) definir las circunstancias en que se permite que un empleador, previa consulta conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización. d) autorizar acuerdos particulares para responder a las necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas.

Los Estados miembros o los interlocutores sociales deben fijar los períodos de preaviso que debe dar al empleador el trabajador que ejerza su derecho a permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso, considerando los intereses de los trabajadores y de los empresarios al especificar la extensión de tales períodos de preaviso.

El propósito de los permisos parentales es, en principio, respaldar a los trabajadores con hijos durante un período específico de tiempo, para mantener y promover su presencia continua en el mercado de trabajo. Con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra un trato menos favorable o el despido por haber solicitado o tomado un permiso parental, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. Al final del permiso parental el trabajador tendrá derecho a ocupar su mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato de trabajo o a su relación laboral. Los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental, a cuyo término se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales.

Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores socia-

les tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.

## 6. REFLEXIÓN FINAL

El nuevo artículo 37.4 ET recoge expresamente lo indicado por el Tribunal de Justicia en su sentencia Roca Álvarez y que, hasta entonces, venía siendo la línea jurisprudencial mayoritaria y se adapta a las disposiciones mínimas que contiene la Directiva 2010/18/UE. De acuerdo con ambos, se especifica que el sujeto causante del permiso de lactancia es el menor de nueve meses, con independencia del vínculo a través del cual se haya unido a la relación familiar (nacimiento biológico, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente).

La titularidad del derecho, punto esencial de esta modificación legislativa, también se modificó. Ya no es la madre la titular exclusiva del permiso, ni tiene ésta el derecho a ceder al padre el disfrute del permiso de lactancia, pero conservando ella su titularidad. En la actualidad, este permiso tiene dos titulares, la madre y el padre del lactante, pero sólo uno de ambos podrá ejercerlo, pues no se permite su disfrute simultáneo, en el caso de que ambos trabajen.

Esta ampliación de la titularidad debe tener su reflejo en la legitimación activa de la modalidad procesal prevista en el artículo 139 LRJS, a través de la cual se tramitan los conflictos relativos al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. De acuerdo con la anterior redacción del artículo 37.4 ET, la legitimación activa del trabajador en este proceso se limitaba, exclu-

sivamente, al supuesto en el que la trabajadora, verdadera titular del derecho al permiso por lactancia, le cediese su disfrute. En la actualidad, el padre disfruta de una legitimación activa originaria para iniciar este proceso, que en modo alguno deriva de la cesión que pudiera haber realizado de su disfrute la madre del menor. Sobra indicar que, tampoco puede apreciarse falta de legitimación activa del padre trabajador por cuenta ajena en el supuesto de que la madre no tuviese esta condición o fuese autónoma. Por otra parte, el padre podrá presentar su demanda en caso de desacuerdo con el empresario en cuanto a la posibilidad de sustituir la ausencia o la reducción de jornada por una acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas. En todo caso, la legitimación activa debe venir precedida por una previa elección entre los progenitores para decidir cuál de ellos ejercerá el permiso del que ambos son titulares, sin que la norma establezca ningún tipo de preferencia por parte de uno de ellos.

Al margen de tan importante modificación, el resto de las características del permiso de lactancia permanecen inalteradas en el nuevo artículo 37.4 ET. Así, el permiso puede disfrutarse a través de una reducción de jornada de media hora diaria, una ausencia de una hora en la jornada diaria de trabajo, divisible en dos fracciones, o bien solicitando su acumulación en jornadas completas, siempre y cuando se llegase a tal acuerdo con el empresario.

## BIBLIOGRAFÍA

- P. CHARRO BAENA, Los derechos individuales del trabajador: conciliación de la vida familiar, laboral y vacaciones laborales, IUS- Revista de investigación jurídica, año 02, nº 2.
- L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «Tras el paréntesis de las obligaciones familiares: instrumentos jurídico-laborales tendentes a asegurar la permanencia de la mujer en el empleo», en AA.VV.

- Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- O. FOTINOPOULOU BASURKO, El derecho del padre a disfrutar del permiso de lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez), Lan Harremak, 2010, tomo II, nº 23.
- E. GARCÍA TESTAL, *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2008).
- F. LOUSADA AROCHENA, *El permiso de lactancia*, RL, 1996, tomo II, nº 14
- P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Reducciones de jornada y ausencias por motivos familiares*, en el volumen AA.VV. Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares, CES (Madrid, 2004).
- A. DE LA PUEBLA PINILLA, *La titularidad del permiso de lactancia. Razón y voluntad en la interpretación judicial del derecho*, Diario La Ley, 2008, nº 6875 (La Ley 179/2008).



**RESUMEN** La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conocida como Roca Álvarez ha provocado la modificación sustancial de la titularidad del permiso de lactancia, uno de los aspectos en los que se plasma el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y de conciliación de la vida laboral y familiar en nuestra legislación laboral. Dicha sentencia constituye el último eslabón de una cadena de interpretaciones jurisprudenciales que, aunque minoritarias, han tratado de impedir la existencia de un reducto en el que la trabajadora continuaba anclada en su tradicional papel de madre responsable del cuidado de la familia, excluyendo o postergando al padre trabajador por cuenta ajena de la titularidad del permiso de lactancia. La sentencia Roca Álvarez dio lugar a que, tanto el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral como, posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, abandonan la redacción inicial del artículo 37.4 ET para dar entrada al padre, además de a la madre, como titulares del permiso de lactancia del menor de nueve meses.

**ABSTRACT** The judgement of the Court of Justice of the European Union, known as “Roca Álvarez”, has led to a substantial modification of the eligibility to breastfeeding leave, an aspect in which the principle of equal opportunities between women and men, and of conciliation between work and family life, is illustrated in our labour legislation. This judgement is the last in a series of case law interpretations which, even if they are a minority, have tried to prevent the existence of a last stronghold in which women workers were tied to their traditional role of mothers in charge of caring for the family, and thereby excluding or delaying employed fathers of the eligibility to breastfeeding leave. The judgement “Roca Álvarez” led to the relinquishing of the initial wording of article 37.4 of Workers’ Statute to include fathers, as well as mothers, as being eligible to breastfeeding leaves lasting 9 months at least. Such amend was applied through both the Royal Decree-Law, of 10th February, on urgent measures for the reform of the labour market, and then, the Law 3/2012, of 6 July, on urgent measures for the reform of the labour market.