

Nº DOCUMENTO:

C26/10_5

FECHA:

25/07/2013

CUESTIÓN PLANTEADA:

Criterios de la Comisión Superior de Personal para la aplicación del permiso de lactancia regulado en el artículo 48, letra f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN:

1º.- El permiso de lactancia puede ser ejercido indistintamente por el funcionario o la funcionaria. No obstante, sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen.

2º.- El permiso de lactancia es único para cada hijo y solo uno de los progenitores puede disfrutar de la totalidad del permiso, sin que quepa su disfrute simultáneo o compartido.

3º.- El permiso de lactancia es un tiempo de cuidado destinado a la alimentación y cuidado del menor que se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por parto, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por parto.

4º.- El permiso de lactancia podrá disfrutarse, en los términos y con la duración máxima prevista en el citado precepto, bien como una reducción diaria de la jornada, bien como un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

RESPUESTA:

La Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal, en su reunión de 25 de julio de 2013, adoptó los siguientes criterios de interpretación respecto del permiso de lactancia regulado en el 48, letra f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Se transcribe el contenido literal del Acuerdo mencionado.

ACUERDO POR EL QUE SE APRUEBAN LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 48, LETRA F), DE LA LEY 7/2007, DE 12 DE ABRIL, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

“Primero.- Desde la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se consideró que la titular “originaria” del permiso de lactancia era la madre.

Esta interpretación encuentra su base tanto en la regulación anterior como en la propia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Así, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, atribuía expresamente a “la funcionaria” la titularidad del citado permiso.

Por su parte, el EBEP, si bien al inicio de su artículo 48 dispone que ‘los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos’, dentro de dicho precepto, en su letra f), dedicada a regular el permiso de lactancia, incluye un segundo párrafo que dice así:

«Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente».

La consideración de la madre como titular “originaria” del permiso implicaba, a su vez, que para que el padre u otro progenitor pudiese disfrutar del permiso de lactancia, era preciso que la madre le cediese el ejercicio del derecho.

Para ello, era preciso que el padre trabajase y que la madre tuviera reconocido en su régimen jurídico tal permiso, de manera que en los supuestos en los que el régimen jurídico aplicable a la actividad realizada por la madre, no incluyese el permiso por lactancia, no se podía producir cesión alguna y, por ende, el padre u otro progenitor tampoco podrían disfrutar de dicho permiso.

Segundo.- Esta interpretación ha venido a ser modificada, primero, por la Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Roca Álvarez), y más tarde, por la Sentencia 75/2011, de 19 de mayo, del Tribunal Constitucional.

La Sentencia de 30 de septiembre del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), resuelve una cuestión prejudicial en la que se planteaba si la regulación del permiso de lactancia establecida por la legislación española, en la que se preveía el permiso de lactancia como un derecho únicamente de las trabajadoras por cuenta ajena, estaba amparada por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

El TJUE indica en la Sentencia que el permiso de lactancia se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, y se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y una medida conciliadora de la vida familiar y laboral.

En este sentido, determina que el hecho de denegar el disfrute del permiso porque la madre no sea trabajadora por cuenta ajena, sino trabajadora por cuenta propia, supone una limitación de su actividad profesional además de implicar que la madre ha de soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño.

Por todo ello, el TJUE resuelve que la legislación española no es acorde a la Directiva y, por ende, entiende que procede reconocer el permiso de lactancia a favor del padre incluso en los supuestos en los que la madre sea trabajadora por cuenta propia, y no trabajadora por cuenta ajena, ya que lo contrario supondría una discriminación no amparada por el ordenamiento europeo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 75/2011, de 19 de mayo, recoge los argumentos de la Sentencia del TJUE examinada, y reiterando su doctrina respecto de la constitucionalidad de las acciones positivas a favor de las mujeres tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, entiende que el Estatuto de los Trabajadores ampara el derecho del padre, trabajador por cuenta ajena, al disfrute del permiso de lactancia siempre que su esposa desempeñe una actividad profesional, aunque esta última actividad no dé lugar a la inclusión obligatoria en ningún de los Regímenes de la Seguridad Social (profesional liberal).

Al amparo de los pronunciamientos judiciales expuestos, se modificó parcialmente la interpretación que venía realizándose del permiso de lactancia de manera que se reconoció la posibilidad de que en el caso de que ambos progenitores trabajasen el padre pudiera disfrutar del permiso de lactancia, aunque la madre realizase una actividad regulada por un régimen jurídico en el que no se previera el permiso de lactancia.

Tercero.- En fechas recientes se ha planteado el supuesto de reconocer el disfrute del permiso de lactancia a favor del padre, funcionario de carrera, en el supuesto en el que la madre no trabaje.

El permiso de lactancia, como ya se ha indicado, se configura como un tiempo de la jornada laboral en la que se autoriza la ausencia del funcionario con objeto de poder atender al hijo menor en los primeros meses de vida.

Por otra parte, la jurisprudencia examinada pone el acento en evitar conductas que puedan suponer una desigualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, de tal manera que la concesión o no del permiso de lactancia pueda influir negativamente para la mujer en el ámbito laboral o profesional.

Partiendo de estos dos extremos, se deduce que la jurisprudencia europea y constitucional lo que persiguen es garantizar la igualdad entre hombre y mujer en el ámbito laboral y profesional.

Los pronunciamientos jurisprudenciales examinados amparan la concesión del permiso de lactancia a favor del padre u otro progenitor para proteger el derecho de que la madre realice, bien una actividad laboral o profesional efectiva, o bien, cualquier actividad destinada al acceso al empleo o la promoción profesional.

Así, la Sentencia del TJUE fundamenta su decisión en el artículo 2, apartado 4 de la Directiva 76/2007 que, según el Tribunal, permite adoptar medidas *«en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. (...)»*.

Si bien la jurisprudencia señalada hace especial hincapié en la protección del derecho de la madre a no verse perjudicada en su promoción profesional,

recabado el oportuno informe de la Abogacía del Estado de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, ésta considera que la jurisprudencia comunitaria no se refiere sólo a la igualdad en el ámbito laboral sino a la igualdad en el sentido más amplio

En este sentido, la titularidad del permiso de lactancia recaería tanto sobre el funcionario como sobre la funcionaria para garantizar tal igualdad. Por ello, el permiso será de disfrute indistinto, quedando limitado el disfrute a uno sólo de los progenitores cuando ambos trabajen.

Por tanto, el disfrute del permiso previsto en el artículo 48 letra f) del EBEP, será disfrutado indistintamente por el funcionario o la funcionaria y sólo en el caso de que ambos trabajen será disfrutado sólo por uno de ellos.

Se entiende que esta misma interpretación sería predicable, en su caso, del permiso de lactancia regulado en el Estatuto de los Trabajadores (art. 37.4).

Cuarto.- Otros elementos a incluir en la interpretación y aplicación del permiso de lactancia son su duración así como el momento en el que se puede iniciar el disfrute del permiso de lactancia.

En este sentido, y respecto a su duración, ha de tenerse en cuenta que el disfrute del permiso de lactancia por uno u otro progenitor no altera la duración máxima del permiso, tanto en su modalidad de disfrute diario como en la de disfrute acumulado.

De lo contrario, si se entendiese que la duración del permiso puede ser distinta según el progenitor que lo disfrute, se produciría una desigualdad entre hombre y mujer que en ningún caso ampara el ordenamiento jurídico vigente.

Así, en el supuesto de que el derecho al permiso de lactancia sea ejercido por el padre u otro progenitor, en todo caso, la duración máxima del permiso será la

misma que la que habría correspondido a la madre, tanto en la modalidad de disfrute diario como en la de disfrute acumulado.

Por otra parte, el disfrute del permiso de lactancia en sus dos modalidades, diario o acumulado, solo puede disfrutarse una vez que haya finalizado el permiso por parto o, en su caso, una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por parto.

Y ello, porque los pronunciamientos judiciales antes examinados, si bien consideran que el permiso de lactancia no es un permiso propio de la madre, sino que puede ser disfrutado por ambos progenitores, entienden, en concreto, el Tribunal Constitucional, que el permiso por parto corresponde en exclusiva a la madre, sin perjuicio de que esta pueda ceder parte del permiso al otro progenitor.

El permiso por parto tiene por finalidad el cuidado del menor lo que conlleva, a su vez, el tiempo dedicado a lactancia del recién nacido.

Como ya se ha expuesto, la evolución que ha sufrido el permiso de lactancia permite afirmar que no es un tiempo destinado exclusivamente a alimentar al menor, sino que, además de esto, también comprende cualquier otro cuidado que se pueda procurar en este tiempo al lactante.

En este sentido, lo que contempla el ordenamiento son dos permisos destinados al cuidado del menor y que se disfrutan de manera sucesiva, que no simultánea, en el tiempo; primero, el permiso por parto, que cubre los primeros meses de vida del menor en los que se precisan mayores cuidados; y segundo, el permiso por lactancia, que se disfruta una vez finalizado el permiso por parto, y que permite dispensar al menor nuevos cuidados, pudiendo disfrutarse, bien de manera diaria, hasta que el menor alcance los doce meses de vida, con una duración máxima diaria de una hora, o bien, de manera acumulada, de una sola vez, y a continuación del permiso por parto.

A mayor abundamiento, se ha de señalar que el permiso de lactancia se ha venido a configurar como un permiso que, en su modalidad de disfrute acumulado, amplía el permiso por parto, y de ahí que su disfrute tenga que ser a continuación del disfrute del permiso por parto, por lo que, con carácter general, no se podría disfrutar en momento distinto puesto que devendría en una pérdida de la finalidad que persigue este permiso acumulado tal y como ha sido señalada.

Sentado lo anterior, excepcionalmente, atendiendo a circunstancias debidamente acreditadas de necesidades del cuidado del menor, se podrá conceder dicho permiso en un momento posterior a la finalización del permiso por parto, únicamente por el tiempo que reste hasta el cumplimiento de los doce meses de vida del menor.

En cuanto a su ejercicio simultáneo, la norma, a diferencia de lo previsto para el permiso por parto, no prevé tal posibilidad. Además, en el disfrute diario supondría una drástica reducción de la duración de su disfrute.

Por tanto, durante la vigencia del permiso por parto, o tiempo equivalente en el caso de que la madre no trabaje, no se podrá otorgar el permiso por lactancia.

Asimismo, y en los supuestos en los que se produzca la cesión parcial del permiso por parto a favor del padre u otro progenitor, por las razones ya expuestas, tampoco se podrá reconocer durante este tiempo el permiso por lactancia a favor de la madre.

Por último, la norma regula el permiso de lactancia como un permiso único por cada hijo.

Por todo lo expuesto, se considera que el permiso de lactancia incluido en el artículo 48, letra f), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha de interpretarse en los siguientes términos:

1º.- El permiso de lactancia puede ser ejercido indistintamente por el funcionario o la funcionaria. No obstante, sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen.

2º.- El permiso de lactancia es único para cada hijo y solo uno de los progenitores puede disfrutar de la totalidad del permiso, sin que quepa su disfrute simultáneo o compartido.

3º.- El permiso de lactancia es un tiempo de cuidado destinado a la alimentación y cuidado del menor que se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por parto, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por parto.

4º.- El permiso de lactancia podrá disfrutarse, en los términos y con la duración máxima prevista en el citado precepto, bien como una reducción diaria de la jornada, bien como un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

En el caso en que se acumule en jornadas completas, el permiso resultante tendrá siempre la misma duración máxima con independencia de que sea disfrutado por el funcionario o la funcionaria.

El permiso acumulado en jornadas completas deberá de disfrutarse inmediatamente después de que finalice el permiso por parto o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por parto.

Excepcionalmente, atendiendo a circunstancias debidamente acreditadas de necesidades del cuidado del menor, se podrá conceder dicho permiso en un momento posterior a la finalización del permiso por parto, únicamente por el tiempo que reste hasta el cumplimiento de los doce meses de vida del menor”.