

EL DERECHO DEL PADRE A DISFRUTAR
DEL PERMISO POR 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)

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Profesora T.U de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
E.U. Estudios empresariales de Vitoria-Gasteiz
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ABSTRACT

El objeto del presente comentario jurisprudencial es dar cuenta de la interpretación efectuada por el Tribunal de Luxemburgo con respecto al artículo 37.4 ET sobre el permiso de lactancia, que —como es sabido— permite el ejercicio del derecho retribuido contenido en la mencionada disposición siempre y cuando la madre sea trabajadora por cuenta ajena. De este modo, se venía negando y desestimando la petición de los padres que hubieren querido disfrutar de este derecho cuando la madre era una trabajadora afiliada al RETA. Pues bien, a partir de la intervención del TJUE, de ahora en adelante los padres podrán disfrutar de este derecho, al ser asimismo titulares del permiso por lactancia.

Palabras Clave: permiso por lactancia, titularidad, discriminación por razón de sexo.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación EHU 09/46 relativo al «Trabajo autónomo económicamente dependiente (TRADE) y empleo femenino».

■ *Jurisprudentzia-azalpen honen helburua da Luxenburgoko Auzitegiak Langileen Estatutuaren 37.4 artikulua, edoskitze-baimenari buruzkoa, nola interpretatu duen azaltzea. Jakina denez, edoskitze-baimenak aipatutako xedapenean jasota da goen ordaindutako eskubidea erabiltzea ahalbidetzen du, baldin eta ama besteren konturako langilea bada. Hala bada, ama LAEBeko afiliatua zelako eskubide hori erabiltzea eskatzen zuten aitei ukatu egiten zitzaien eskaera hori. EBJAk esku hartu zuen, eta aurrerantzean aitek ere erabili ahal izango dute eskubide hori, haiek ere izango baitira edoskitze-baimenaren titular.*

Gako-hitzak: Edoskitze-baimena, titulartasuna, sexuagatiko diskriminazioa.

■ *The aim of this jurisprudential comment is to explain the interpretation given by the European Court of Justice (EUCJ) in Luxembourg with regard to section 37.4 ET governing breastfeeding leave which —as we know— enables this remunerated right to be exercised pursuant to the aforementioned provision provided that the mother is fully employed. In this way, the request for fathers who preferred to enjoy this right while the mother was a worker affiliated to the Special Self-Employed Workers' Scheme (RETA) was being denied and rejected. Following this intervention by the EUCJ, fathers will now be able to enjoy this right by their being holders of the same right to breastfeeding leave.*

Key words: breastfeeding leave; holders of rights; discrimination on grounds of sex.

1. Introducción

Como se sabe, el art. 37.4 LET reconoce tras la redacción dada mediante D.A 11.5 de la LOI 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 duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de 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 aquélla. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen»*. Esta previsión, sobre todo la que se corresponde con la posibilidad de acumular el permiso de lactancia en jornadas completas ha supuesto una relativa novedad con respecto a la regulación anterior, aunque no exenta de múltiples dificultades en cuanto a su ejercicio, dada la redacción de la norma, que hace residir la forma de ejercicio de este derecho en función de lo previsto en la negociación colectiva o en el acuerdo al que la trabajadora llegue con el empresario (De la puebla 2007). Si bien ello es así, el objetivo de las páginas que a continuación se relacionan no tienen por objeto analizar la cuestión de la acumulación del permiso de lactancia, sino el de las dificultades que se establecían en nuestra normativa interna para que el padre pudiera disfrutar de este derecho cuando la madre de su hijo no fuera trabajadora por cuenta ajena. Y es que sobre el particular, ha habido una cierta litigiosidad en nuestro país que ha dado lugar a la existencia de sentencias contradictorias tanto a favor como en contra del disfrute de este permiso por el padre. Sea como fuere, lo cierto es que a diferencia de lo acaecido con la «transferencia» de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas al padre trabajador por cuenta ajena [—que vino de la mano de la intervención del legislador sobre esta materia ex LOI, confirmada por lo dispuesto en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia— (Olarte, 2009)]; la equiparación plena entre trabajadores por cuenta ajena y propia a los efectos del disfrute del permiso por lactancia se ha producido no ya por la intervención

del legislador, sino de la mano de la labor interpretativa efectuada por el tribunal de Luxemburgo en la sentencia de 30 de junio de 2010, que analizamos a continuación.

2. Los hechos a los que se refiere la STJUE de 30 de junio de 2010

Los hechos a los que se refiere la sentencia que traemos a colación son bastante simples. Se trata de un trabajador —el Sr. Roca Álvarez— que presta servicios como trabajador por cuenta ajena para la empresa Sesa Start España ETT, S.A., desde el mes de julio de 2004. El 7 de marzo de 2005 solicita a su empresa que le fuera reconocido el derecho contemplado en el art. 37.4 ET —permiso por lactancia— respecto al período comprendido entre el 4 de enero y el 5 de octubre de 2005. La empresa le denegó el permiso por lactancia dado que la madre del hijo del trabajador es trabajadora por cuenta propia, y de acuerdo a lo dispuesto en nuestra normativa interna es requisito indispensable para que el padre pueda disfrutar del citado derecho el que la madre sea trabajadora por cuenta ajena.

Ante tales circunstancias, el trabajador —Sr. Álvarez— interpuso una demanda contra la decisión de su empresario ante el Juzgado de lo Social n.º 4 de A Coruña. Dicho órgano jurisdiccional desestimó la demanda del padre, puesto que el permiso pretendido está reservado a las trabajadoras. Así, para que los padres puedan disfrutar del mismo es necesario que «ambos trabajen», esto es, que tanto la madre como el padre sean trabajadores por cuenta ajena. Con posterioridad, el trabajador interpuso recurso de suplicación contra la sentencia de instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que consideró que si bien el juzgado de instancia había interpretado correctamente la normativa nacional, no obstante entendió que en tanto en cuanto el permiso previsto por dicha normativa se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y que existe otro mecanismo de protección de la trabajadora por cuenta ajena en caso de riesgo durante la lactancia natural, entiende que quizá se trate de una normativa discriminatoria. En consecuencia, el TSJ de Galicia solicita al tribunal comunitario que determine si la normativa nacional española es compatible con el artículo 13 del Tratado y con 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 modificada por la Directiva 2002/73/CE o si, por el contrario, es una norma discriminatoria dado que sólo permite el acceso al ejercicio de tal derecho por parte del padre siempre que la madre sea trabajadora por cuenta ajena.

3. Evolución del permiso de lactancia en el Derecho español y la conflictividad en relación con el disfrute de este permiso por el padre trabajador por cuenta ajena cuando la madre es trabajadora independiente

La licencia retribuida para la lactancia se estableció originariamente en la legislación interna española por ley de 30 de enero de 1900 (Montoya, 2010, p. 449), si bien también se reconoció en las primeras normas dictadas por la Organización Internacional del Trabajo, particularmente el art. 3.d) del Convenio n.º 3 sobre la protección de la maternidad de 1919 (ratificado por España el 4 de julio de 1923) y en el art. 5 del Convenio n.º 103 de 1952, que modifica el anterior. En este sentido, se trataba de un permiso que tenía por objeto conceder a la madre un permiso que le facilitase atender la alimentación natural de su hijo. No es extraño, por tanto, que el TC en las sentencias 109/1993, de 25 de marzo y en la sentencia 187/1993, de 14 de junio no considerara contrario al principio de igualdad que este permiso sólo fuera concedido a la mujer trabajadora (De la puebla, 2007). Asimismo, el alto tribunal español consideró que en tanto que la lactancia podía ser natural como artificial, nada impedía que el disfrute de dicha licencia se extendiera a los padres. En consonancia con ambos pronunciamientos, la ley 3/1989 reformó el Estatuto de los trabajadores permitiendo que el derecho al permiso por lactancia pudiera ser disfrutado también por el padre, siempre que ambos —padre y madre— fueran trabajadores por cuenta ajena. Con posterioridad, el art. 37.4 ET ha venido sufriendo algunas modificaciones, la última de las cuales —como se decía previamente— se produjo a través de la Ley 3/2007, de igualdad (LOI), que por lo que respecta a los sujetos que pueden disfrutar del mismo deja inalterada la dicción de la norma. Por su parte, y aunque no resultara de aplicación —dado el momento en el que se produce el litigio que traemos a colación—, tampoco la LETA (—como la LOI—) ha venido a modificar, ni a establecer previsión alguna sobre el particular, aunque se establezca en el art. 4.2.g) de ese Estatuto el derecho de los trabajadores autónomos a conciliar su actividad profesional con la vida personal y familiar.

Pues bien, a la luz de la regulación interna no han sido muchos los conflictos que sobre el particular han llegado a nuestros tribunales, aunque se puede afirmar que los existentes son significativos, dada la pluralidad de opiniones de nuestros tribunales al respecto. Así, nos encontramos con la existencia de pronunciamientos contradictorios, ya que por una parte podemos encontrarnos con alguna que otra sentencia que falla a favor del padre frente —eso sí— a gran parte de aquéllas que han desestimado el ejercicio del permiso de lactancia por aquél. A pesar de estas discordancias, el TS no ha podido poner orden en esta materia al no haberse elevado recurso de casación para la unificación de doctrina, por lo que hasta el momento en que el TJUE dicta la

sentencia que comentamos nos encontrábamos con opiniones divergentes en cuanto a la interpretación que debía darse al art. 37.4 ET y, en consecuencia, ante la necesidad de clarificar la situación interna con respecto a la titularidad de este derecho.

Pues bien, antes de atender a la interpretación dada por el Tribunal comunitario, es necesario abordar la situación jurisprudencial que sobre el particular existía —y existe— en España. Así, puede decirse que en general los Tribunales Superiores de Justicia han venido inadmitiendo o denegando la petición de los padres en relación con el disfrute del citado permiso, basando tal consideración en que cuando el ET permite el disfrute de la madre o del padre indistintamente, lo hace siempre que «ambos trabajen», esto es, siempre que exista relación laboral por parte de ambos progenitores (o funcional de acuerdo a la normativa específica) y no exista extensión de este derecho en los casos de madres trabajadoras independientes regulado por convenio colectivo. Esta interpretación se explica porque la mención «*siempre que ambos trabajen*» se encuentra contenida en el Estatuto de los trabajadores, de tal manera que la referencia de la disposición al trabajo debe entenderse realizado al trabajo por cuenta ajena. En consecuencia, se dice que cuando la madre es trabajadora por cuenta propia, el padre no tiene derecho al ejercicio de la licencia retribuida por lactancia. De este modo, se ha venido a señalar que no es posible el disfrute del permiso de lactancia por el padre en el supuesto de que la madre sea trabajadora autónoma por entender el derecho restringido a favor de la mujer trabajadora en sentido estricto, titular del derecho (STSJ del País Vasco de 24 de abril de 2001). Sigue la misma sentencia señalando que no constituye una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley puesto que la opción legislativa se justifica en atención a la mayor disponibilidad y flexibilidad del trabajo de la mujer autónoma.

En sentido prácticamente idéntico se expresa la STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2003 (AS 2004/871). Se trata de la pretensión por parte del padre al disfrute del permiso por lactancia, siendo la madre trabajadora por cuenta propia —abogada en ejercicio—. A este respecto, la sentencia señala que el art. 37.4 ET atribuye la titularidad del derecho a la madre, por lo que sólo siendo titular del mismo puede cederlo al padre. En este caso, por su condición de abogada en ejercicio queda fuera del ámbito de aplicación del ET por lo que al no ser titular del derecho no puede hacer cesión a su marido. Asimismo, pueden citarse otros pronunciamientos en sentido similar, tales como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 29 de octubre de 2009 (JUR/2009/483086) o la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de noviembre de 2009 (JUR/2010/78127), que se expresan en el sentido de entender que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a la madre, quien puede ceder tal derecho al padre en el caso de que sea una trabajadora por cuenta ajena; aspecto éste que no concurría en ninguno de los dos casos mencionados en último lugar.

A diferencia de los anteriores, «mayor permisividad» puede observarse en las sentencias de los TSJ de las Palmas de Gran Canaria, de 11 de diciembre de 2009 [AS/2010/830] y de Madrid de 10 de octubre de 2009 [AS/2009/763], cuando estiman sendos recursos de suplicación interpuestos por el padre de un hijo cuya madre es trabajadora afiliada al RETA en relación con el disfrute del derecho contemplado en el art. 37.4 ET. En efecto, se trata de dos sentencias donde los órganos jurisdiccionales han interpretado la dicción «siempre que ambos trabajen» en un sentido amplio, comprendiendo de esta forma el derecho del padre al disfrute del permiso por lactancia cuando la madre era trabajadora por cuenta propia. Y es que a diferencia de algún que otro pronunciamiento que admitía la demanda presentada por el progenitor basándose en lo dispuesto en el producto de la negociación colectiva (como ocurrió en la STSJ de Navarra de 15 de diciembre de 2003, AS 2004, 2090); en estos dos casos, la interpretación favorable efectuada se ha fundamentado en varios argumentos ajenos a la eventual mejora que sobre el particular pueden ofrecer los convenios colectivos. Así, han esgrimido por una parte que la evolución normativa tiende a la equiparación de los distintos regímenes de seguridad social que particularmente y por lo que se refiere al RETA se ha producido con el objeto de «*igualar sus condiciones laborales a las que tienen los trabajadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social*» (siguiendo lo afirmado por el TS en el Auto de 9 de junio de 2009 (recurso 327/2009). Junto al citado argumento de equiparabilidad, los tribunales han ofrecido su opinión favorable sobre la base de las indudables modificaciones operadas en nuestra legislación interna en relación con la materia relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre y, por supuesto, la LOI. De este modo, lo que vienen a apuntalar es que si esas normas —entre las que de manera indiscutible se encuentra el permiso por lactancia— tienen por objeto fomentar la corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación; esto es, si tratan de favorecer la compatibilidad entre el trabajo y las responsabilidades familiares, amén de mejorar la distribución de éstas, facilitando que los padres trabajadores, con independencia de que lo sean por cuenta ajena, propia o titulares de una relación funcionarial, puedan participar en los cuidados de su hijo desde el momento del nacimiento o de su incorporación a la familia; no tiene demasiado sentido continuar realizando una interpretación restrictiva del art. 37.4 ET. Dicho de otro modo, lo que vienen a señalar es que el espíritu de estas normas es favorecer a uno u otro progenitor el disfrute de los permisos que en beneficio de los hijos se establece en la Ley, con independencia de las circunstancias laborales que concurran. Finalmente, especial mención ha de hacerse al argumento que expresa la sentencia de Madrid en al F.J. Único en relación con la inexistencia de una referencia expresa en nuestro derecho en relación con la extensión del citado permiso para los trabajadores autónomos. En este sentido, señala el tribunal que es lógico que la LETA no haya inclui-

do ninguna previsión específica al respecto. Y es que *«al no haber un empleador frente al que ejercer el derecho a una reducción de jornada, por desempeñarse el trabajo por cuenta y riesgo del propio trabajador, por lo que la reducción del tiempo destinado a la actividad autónoma del progenitor, en este caso de la madre, redundará en una disminución de los ingresos y, por tanto, en perjuicio de la familia, dificultando la conciliación de la vida familiar y laboral, que se persigue por la normativa expuesta y, consecuentemente, es lógico, por ser más acorde al interés de la familia que es el bien jurídico que se pretende proteger con este permiso, que opten porque sea el otro progenitor, en este caso el padre, el que, en su condición de asalariado, disfrute del permiso retribuido al que tiene derecho, al igual que, como hemos visto, podía el padre percibir la prestación correspondiente al descanso por maternidad, cuando la madre no tenía cotizado el período necesario para percibirla»*.

Como hemos visto, las posturas de nuestros tribunales entorno a la materia han sido divergentes, dado que en los primeros casos se ha optado por una interpretación literal del precepto frente a éstas últimas donde los órganos jurisdiccionales han elegido una interpretación extensiva en función de la evolución normativa operada sobre la materia y los bienes jurídicos a proteger. Sea como fuere, lo interesante en este caso es subrayar que nuestros tribunales no se ponían de acuerdo en una cuestión que entiendo de enorme relevancia para aquellos padres que hubieren querido ejercer el permiso por lactancia y que, en gran medida, quedaba al albur del sentir del órgano jurisdiccional donde residiera el conflicto, generándose —entiendo— una enorme inseguridad jurídica. Para poner fin a esta situación, y como decíamos con anterioridad, se ha tenido que dar intervención al TJUE, quien en la sentencia de 30 de septiembre de 2010 se ha inclinado por la segunda opción, esto es, por la que —también a nuestro parecer— es la mejor interpretación posible.

4. Sentencia del TJUE

Como se ha adelantado, una vez vista la situación interna española, es hora de afrontar la opinión del TJUE cuando se le interroga sobre si la normativa española es contraria al art. 13 del Tratado de Lisboa y la Directiva 76/207/CEE por discriminatoria por lo que respecta al art. 37.4 ET. A este fin dedicaremos los siguientes sub-epígrafes partiendo —como no podía ser de otra manera— de la aplicabilidad o no de la Directiva citada al supuesto de hecho; para proceder ulteriormente a analizar si el art. 37.4 ET resulta discriminatorio, por lo que obviamente tendremos que determinar si existe algún tipo de justificación o no a la desigualdad que se origina por la dicción del precepto estatutario que analizamos, que —se insiste— permite el disfrute del permiso por lactancia al padre siempre y cuando la madre sea trabajadora dependiente.

4.1. La Directiva 76/207/CEE, reformada por la Directiva 2002/73/CE en materia de igualdad de trato por razón de sexo en materia de empleo y condiciones de trabajo. El permiso de lactancia como «condición de trabajo»

La Directiva 76/207/CEE, reformada en el año 2002, establece una serie de reglas con la finalidad de hacer efectiva la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y de condiciones de trabajo. En efecto, esta norma comunitaria trae causa en el deseo por parte de las instituciones comunitarias en preservar la aplicación del principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, promoción y formación profesional y condiciones de trabajo; para lo cual y particularmente los artículos 2 y 5 de esta Directiva imponen obligaciones a los Estados para que apliquen el citado principio exigiendo la ausencia de toda discriminación por razón de sexo —directa o indirecta— «*en los sectores público y privado, incluidos los organismos públicos*». Por su parte, el art. 5 de la Directiva prevé que la aplicación de este principio al campo de las condiciones de trabajo supone que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo (Castro y Menéndez, 2005, pp. 176-197).

Pues bien, se trata de identificar —en este orden de consideraciones— si el permiso de lactancia puede ser considerado como una «condición de trabajo» en el sentido de la Directiva del año 1976. Así, tomando en consideración que el art. 37.4 ET prevé que durante los nueve primeros meses desde el nacimiento del hijo, las trabajadoras pueden optar bien por la ausencia retribuida durante la jornada laboral, o bien la acumulación del citado permiso en jornadas completas; la medida que se contempla en nuestra normativa interna tiene como objeto modificar los horarios de trabajo; por lo que consecuentemente ha de considerarse como una condición de trabajo de acuerdo a lo dispuesto en el art. 5 de la Directiva¹.

4.2. Desigualdad de trato por razón de sexo

Continúa la sentencia analizando si la previsión contenida en nuestro Derecho es contraria o no al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Así, va a analizar la situación en la que, de acuerdo a nuestra legislación interna, quedan los padres y madres trabajadores por cuenta ajena. Desde esta perspectiva, se destaca que el derecho al permiso controvertido en el litigio es una medida que se reserva a las trabajadoras por cuenta ajena ex art. 37.4 ET, ya que los padres no tienen un derecho propio a la reducción del tiempo de trabajo. A lo sumo, tiene un derecho derivado que se hace depender del hecho de que la madre ostente ese derecho, para lo cual es necesario que la aquélla sea trabajadora por cuenta ajena. Así, la desigualdad de trato consiste en que las traba-

¹ Véase STJUE de 20 de marzo de 2003, C.187/00, Asunto Kutz-Bauer, Rec. p. I-2741, apartados 44 y 45.

adoras tienen un derecho propio a la reducción del tiempo de trabajo; mientras que los trabajadores —por el contrario— sólo tienen un derecho derivado del derecho de la madre del niño o niña. En consecuencia, mientras que una madre que sea trabajadora por cuenta ajena siempre tiene derecho a un permiso; un padre que sea trabajador por cuenta ajena sólo puede disfrutar del permiso si la madre del niño es trabajadora por cuenta ajena también. De lo anterior resulta que las madres que tienen la condición de trabajadora por cuenta ajena siempre pueden disfrutar del permiso denominado «de lactancia», sin perjuicio de que el padre del niño sea trabajador por cuenta propia o ajena; en tanto que los padres que tienen la condición de trabajador por cuenta ajena sólo pueden disfrutar de ese permiso si la madre de su hijo también tiene esa última condición; ya que si es una trabajadora afiliada al RETA no ostentará el derecho regulado en el ET. Como es fácilmente deducible, 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. Por lo anterior, se puede extraer como primera conclusión que hombres y mujeres, trabajadores por cuenta ajena no se encuentran en la misma situación a la hora de acceder al ejercicio del derecho reservado en el precepto estatutario que analizamos, por lo que nos encontramos ante una desigualdad en relación con las condiciones de trabajo entre unos y otras.

Para poder determinar, además que nos situamos en un supuesto de discriminación por razón de sexo, es inevitable concretar si estos sujetos —padres y madres trabajadores por cuenta ajena— se encuentran en una situación comparable. Y en este sentido, para poder afirmar que efectivamente existe una desigualdad de trato por razón de sexo es necesario atender al objeto o finalidad del permiso por lactancia. Así, como se decía unas líneas más arriba, es cierto que a comienzos del siglo xx este permiso estaba exclusivamente pensado para amamantar al bebé, esto es, pensado en la lactancia natural. En consecuencia, es lógico que el permiso estuviera pensado exclusivamente para ser disfrutado por las madres trabajadoras. No obstante, en la actualidad, el permiso por lactancia establecido en nuestro derecho no protege a la mujer por motivo de maternidad, dado que si el padre puede disfrutarlo —siempre que la madre sea trabajadora por cuenta ajena—; es evidente que dicho permiso se ha desvinculado de esa finalidad. Es más, si atendemos a la última modificación operada por la LOI —a la que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo— (que no era de aplicación al supuesto de hecho que analizamos, dado que el conflicto surge con anterioridad a la entrada en vigor de la norma), esto es, aquélla que permite que el derecho a una hora de ausencia del trabajo pueda acumularse y convertirse en un derecho a un permiso sin interrupción; puede decirse que la finalidad del permiso se ha alejado —incluso- de la propia alimentación. Asimismo, puede decirse que la regulación española tampoco se encuentra protegiendo la condición biológica de la mujer, ya que se trata de un permiso que

puede ser disfrutado por el padre —si la madre es trabajadora por cuenta ajena—; por lo que evidentemente es posible que ella no solicite el permiso correspondiente y siga trabajando a jornada completa mientras que el padre del bebé disfruta de esta licencia retribuida.

Así, es posible afirmar que el objetivo actual de dicho permiso es proporcionar a los progenitores un tiempo para el cuidado del hijo, por lo que ambos —padre y madre de niños de corta edad— se encuentran en una situación comparable en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de su hijo². En el mismo sentido se ha expresado el TS, cuando ha señalado que la función y finalidad del permiso de lactancia es el cuidado y atención del menor de corta edad; lo que justifica la posibilidad de que la lactancia se acumule en jornadas completas y sucesivas sin distorsionar la finalidad del permiso reconocido en el art. 37.4 ET (STS 20 de junio de 2005, R.º 83/2004).

Por todo lo anterior, se ha de señalar que la medida controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato por razón de sexo, en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207, entre las madres que tienen la condición de trabajador por cuenta ajena y los padres que tienen esa misma condición.

4.3. Inexistencia de justificación para la desigualdad de trato

Por su parte, constatada la desigualdad de trato por razón de sexo entre trabajadores hombres y mujeres, es necesario determinar a continuación si esa diferencia de trato es o no discriminatoria. Esto es, si existe algún tipo de justificación razonable y objetiva que permita superar el test de igualdad. Desde esta perspectiva, el art. 2.3 y 2.4 de la Directiva 76/207/CEE señala que la diferencia de trato no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad, ni 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 lo que se refiere a las condiciones de trabajo.

Así, en primer lugar y por lo que respecta a la eventual justificación de esa desigualdad basada en la protección del embarazo y de la maternidad, el TJUE ha venido afirmando —de manera reiterada— que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a prote-

² Véanse por analogía la sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, C-366/99, Rec. p. I-9383, apartado 56, en lo que se refiere a la situación de los trabajadores y las trabajadoras que asumen la educación de sus hijos, y la sentencia de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99, Rec. p. I-2891, apartado 30, en lo que respecta a su situación en relación con el acceso a servicios de guardería.

ger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra³.

El hecho de que el permiso controvertido en el litigio principal pueda disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Parece pues que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo.

Por su parte, y en lo que atañe a la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la reducción de las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, el Gobierno español ha expuesto en sus observaciones que el objetivo perseguido al reservar a las madres el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal es compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer, a diferencia del hombre, tras el nacimiento de un hijo. Según el Gobierno español, es más difícil para la mujer con hijos de corta edad incorporarse al trabajo o permanecer en él. De reiterada jurisprudencia resulta que el artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207/CEE tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. Esa disposición autoriza medidas nacionales 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 hombres⁴.

En efecto, el citado artículo 2, apartado 4, pretende lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden

³ Véanse las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann, 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25; de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 20; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartado 17, y de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03, Rec. p. I-935, apartado 43.

⁴ Véanse las sentencias de 17 de octubre de 1995, Kalanke, C-450/93, Rec. p. I-3051, apartados 18 y 19; de 11 de noviembre de 1997, Marschall, C-409/95, Rec. p. I-6363, apartados 26 y 27; de 28 de marzo de 2000, Badeck y otros, C-158/97, Rec. p. I-1875, apartado 19, y Lommers, antes citada, apartado 32).

surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas⁵.

En relación con esta cuestión, se ha de señalar que el permiso controvertido en el litigio principal reviste la forma de una autorización de ausencia durante la jornada laboral o bien una reducción de la duración de ésta; por lo que en principio una medida de esa naturaleza puede tener ciertamente el efecto de favorecer a las mujeres, al permitir que las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena conserven su empleo a la vez que dedican tiempo a su hijo. Ese efecto se refuerza por el hecho de que, si el padre del niño tiene también la condición de trabajador por cuenta ajena, puede disfrutar del permiso en lugar de la madre, quien no sufrirá consecuencias negativas en su empleo a causa del cuidado y la atención dedicados a su hijo. Sin embargo, el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental⁶.

En efecto, como ha puesto de relieve la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, el hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, como la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño. En consecuencia, una medida como la controvertida en el litigio principal no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social, en el sentido del artículo 2, apartado 4, de la Directiva 76/207/CEE, ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 157 TFUE, apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas.

⁵ Véanse, en este sentido, las sentencias Kalanke, antes citada, apartado 19; de 6 de julio de 2000, Abrahamsson y Anderson, C-407/98, Rec. p. I-5539, apartado 48, y de 30 de septiembre de 2004, Briheche, C-319/03, Rec. p. I-8807, apartado 25

⁶ Véase en ese sentido la sentencia Lommers, antes citada, apartado 41.

4.4. Conclusión: discriminación por razón de sexo

Del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el art. 37.4 ET es incompatible con los artículos 2.1; 2.3; 2.4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE, por lo que ha de concluirse que la normativa española resulta incompatible con el Derecho comunitario, esto es, que el art. 37.4 ET establece una desigualdad de trato por razón de sexo prohibida de acuerdo al Derecho comunitario. La consecuencia fundamental de la interpretación efectuada por el TJUE es que los tribunales españoles están obligados de ahora en adelante a la realización de una interpretación acorde con la Directiva comunitaria, de tal manera que garanticen la plena efectividad de la Directiva y alcanzar un resultado conforme con el objetivo perseguido por aquélla⁷. Y es que el TJUE no ha llegado a extender —por el momento— el efecto directo horizontal en relación con el principio de no discriminación por razón de sexo⁸. En este sentido, consideramos que para que nuestra normativa interna se ajustara a la preceptuado por el Derecho comunitario podría, por una parte, darse intervención al legislador para que modificara el precepto estatutario o bien, como nos parece más razonable en estos momentos, que nuestros órganos jurisdiccionales ofrecieran una interpretación extensiva de la expresión «siempre que ambos trabajen», contenido en el art. 37.3 ET. Es decir, facilitando que la titularidad del derecho no residiera exclusivamente en la madre trabajadora, sino que ambos —padre y madre— fueran titulares del derecho sin necesidad de ejercicio subsidiario de esta licencia por parte del primero. Con ello se conseguiría el objetivo perseguido por el propio permiso y de la normativa relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral, esto es, la corresponsabilidad entre ambos por lo que se refiere al cuidado de hijos.

5. Extensión de la misma conclusión a otros supuestos conflictivos

Como fácilmente podemos extraer de las anteriores consideraciones, en aquellos casos —como acaecía en el supuesto de la sentencia de 30 de septiembre analizada— en los que la madre del bebé sea trabajadora por cuenta propia, el padre también tendría derecho a acogerse al permiso por lactancia contenido en el art. 37.4 ET.

⁷ Véanse, entre otras, las Sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartados 6 y 8; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325; 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartados 115 y ss; de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartado 111; de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, Rec. p. I-2483; etc.

⁸ Como si ha ocurrido con la discriminación por razón de edad. Véase, sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981.

Junto a este alcance, se ha de señalar que la interpretación dada por el TJUE puede favorecer el ejercicio de ese derecho por el padre en otros supuestos que no quedaban clarificados hasta este momento, dado el parecer general de nuestros tribunales internos sobre la cuestión. La primera consecuencia de relieve es que junto con la posibilidad arriba reseñada y que ha dado lugar a una cierta litigiosidad; el padre va a poder acogerse asimismo a la posibilidad de acumulación contenido en la norma con independencia de si la madre es trabajadora por cuenta ajena o no lo es.

Asimismo, podemos señalar que de ahora en adelante, las empresas o, en caso de conflicto, los tribunales van a tener que estimar cualquier petición de los padres dirigidas al disfrute de esta licencia cuando la madre —trabajadora por cuenta ajena— se encuentre disfrutando durante ese mismo período de una excedencia (que normalmente suele coincidir con la excedencia por cuidado de hijo). Y ello así, porque en las pocas sentencias que hay sobre el asunto particular que expongo en estos momentos, los órganos jurisdiccionales han sido reacios a conceder el permiso al padre, aunque —se insiste— la madre fuera trabajadora por cuenta ajena [Véase la STSJ de Castilla y León de 4 de diciembre (AS/2009/303)]. En efecto, los tribunales han denegado dicha posibilidad al entender que el permiso por lactancia es un derecho exclusivo de las trabajadoras y sólo subsidiariamente del trabajador.

Y evidentemente, por las mismas razones, tampoco se concedía al padre en los supuestos en los que la madre falleciera, no trabajase o se encontrara en situación de suspensión del contrato por maternidad. [Véase las consideraciones vertidas en la STSJ de las Palmas de Gran Canaria (JUR 2004/25659)].

Pues bien, entendemos que si no existe razón alguna para discriminar al padre en relación con la titularidad y ejercicio consiguiente del permiso por lactancia; no cabe por menos que celebrar que de ahora en adelante, el padre va a poder disfrutar de este derecho en igualdad de condiciones que la madre-trabajadora por cuenta ajena. En consecuencia, tanto en los casos en los que la madre sea una trabajadora afiliada al RETA, como en aquellos otros en los que ésta se encuentre en suspensión del contrato por maternidad, en excedencia por cuidado de hijos o, incluso, en caso de fallecimiento; el padre va a poder disfrutar de la licencia retribuida contenida en el art. 37.4 ET.

Bibliografía citada

- CASTRO ARGÜELLES, M.^ªA. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2005): «Igualdad de trato por razón de sexo en materia de empleo y condiciones de trabajo (Directiva 76/207/CEE, reformada por Directiva 2002/73/CE)» en VV.AA (García Murcia, J. —Dir.—): *La transposición del Derecho Social comunitario al ordenamiento español*, Madrid, MTAS.

- DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2007): «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Relaciones Laborales* n.º 8 (versión electrónica La Ley 1558/2007)
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. (2007): «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas», *Relaciones Laborales* n.º 8 (versión electrónica La Ley 1560/2007).
- GARCÍA TESTAL, E. (2008): *La protección de la lactancia en el ordenamiento español*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2008): «Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo», *Actualidad Laboral* n.º 7, 2008 (versión electrónica La Ley 10172/2008)
- MONTOYA MELGAR, A. (2010): *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos.
- OLARTE ENCABO, S. (2009): «“Transferencia” de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas: la equiparación plena con las trabajadoras por cuenta ajena», *Aranzadi Social* paraf. 57 (versión electrónica BIB 2009/1852).