



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

Por la Mancomunidad _____ se solicita informe relativo a una solicitud de permiso por lactancia.

ANTECEDENTES

La Mancomunidad _____ solicita al Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL, en adelante) informe jurídico, del siguiente tenor literal:

“Adjunto remito solicitud de permiso por lactancia presentada por trabajador de esta Mancomunidad, D. _____, contratado como Dinamizador Deportivo, con un contrato de personal laboral indefinido desde el 18 de mayo de 2018 y que ha sido padre en fecha 24 de junio de 2023.

El trabajador solicita “disfrutar de su derecho a 10 días hábiles de permiso para el cuidado del bebé lactante hasta que el bebé cumpla 9 meses como se reconoce en la sentencia 2022/540375 de STSJ de Extremadura del 22 de marzo del 2022”

Por ello, solicitamos que se emita informe en relación a la solicitud que se acompaña”.

A su solicitud, la mancomunidad acompaña el escrito presentado por el trabajador, en el que solicita *“Disfrutar de mi derecho de 10 días hábiles por permiso para el cuidado del bebé lactante hasta que el bebe cumpla 9 meses como se reconoce en la sentencia 2022/540375 de STSJ de Extremadura del 22 de marzo del 2022. Como ya concreté con la mancomunidad al comienzo del permiso de paternidad. Comenzando este el día 11 de marzo y finalizando el día 22 de marzo de 2024”.*

A los anteriores antecedentes, y solicitado informe por órgano competente, les son de aplicación los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIONES GENERALES: El artículo 14 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece en sus apartados 7 y 8, entre los criterios generales de actuación de los poderes públicos el de protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia y el de fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

En concordancia con lo anterior, el artículo 48.f) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP) regula, entre los permisos de los funcionarios públicos, el denominado permiso de lactancia, en los siguientes términos:

“Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

El permiso contemplado en este apartado constituye un derecho individual de los funcionarios, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor.

Se podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Esta modalidad se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple”.



SEGUNDO.- RÉGIMEN JURÍDICO: En el supuesto planteado, el vínculo que une al solicitante con la mancomunidad es de carácter laboral indefinido (es decir, temporal). Se desconoce, en el momento de redactar el presente informe, si la mancomunidad dispone de convenio colectivo aplicable que mejore las condiciones del citado artículo del TREBEP.

En cualquier caso, dado que el artículo 48 del TREBEP se refiere expresamente a funcionarios públicos, cabe cuestionarse su aplicación al supuesto de referencia, o si por el contrario, al tratarse de personal laboral, debe acudirse a la regulación del permiso de lactancia por el artículo 37.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET), que dispone al respecto, en concreto, lo siguiente:

“En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de 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 la empresa respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de las personas trabajadoras sin que pueda transferirse su ejercicio a la otra persona progenitora, adoptante, guardadora o acogedora. No obstante, si dos personas trabajadoras de la misma empresa ejercen este derecho por el mismo sujeto causante, podrá limitarse su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, debidamente motivadas por escrito, debiendo en tal caso



la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación.

Cuando ambas personas progenitoras, adoptantes, guardadoras o acogedoras ejerzan este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute podrá extenderse hasta que el lactante cumpla doce meses, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses”.

La respuesta a esta disyuntiva se encuentra en el artículo 7 del propio TREBEP, a cuyo tenor “...en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho”.

Determinar la procedencia de la aplicación de uno u otro régimen es relevante, fundamentalmente, porque la regulación del TREBEP amplía el periodo de nueve meses del TRET hasta que el lactante cumpla doce meses. No obstante lo anterior, dado que la solicitud del trabajador se refiere expresamente al periodo de nueve meses, no es contrario a derecho que la mancomunidad acceda a su pretensión, sin que el disfrute del permiso se extienda hasta el cumplimiento de los doce meses por el descendiente.

TERCERO.- CÓMPUTO DEL PERMISO: Por lo que se refiere a la cuestión de si el cálculo de los días de permiso ha de referirse a días hábiles o naturales, resulta muy didáctica la STJ Extremadura, STSJ EXT 315/2022, de 22 de marzo de 2022, a la que alude el trabajador, en el sentido de que debe realizarse el cálculo en días hábiles, señalando que “*Interpretaciones literales de la norma, racionales y teleológicas conllevan a manifestar que, en aras a la conciliación familiar, lo esencial es disponer de un tiempo libre durante la jornada laboral con el fin de cuidar los menores. Esa jornada laboral, lógicamente debe entenderse en días laborables ya que existen otros*



días, los "naturales" en los que no se tiene que trabajar de manera obligatoria o si se hace, normalmente existen una serie de compensaciones de jornada que nos llevaría a la misma conclusión".

A la vista de lo señalado, resulta claro que el cómputo del permiso ha de referirse a días hábiles, resultando incoherente con la finalidad del permiso que se compute en días naturales.

CUARTO.- DURACIÓN DEL PERMISO: por lo que se refiere al número de días de duración del permiso acumulado, se desconoce en el momento de redactar el presente informe el régimen de jornada correspondiente al empleado solicitante, por lo que no es posible efectuar el cálculo concreto. Sin embargo, dicho cálculo se realizará a partir de uno criterios, que describe de forma muy clara la STSJ de Galicia 147/2021 de 10 de marzo de 2021 (mencionada en la STSJ de Extremadura referida anteriormente), en los términos siguientes: *“La jornada se calcula atendiendo a la jornada general de trabajo en la Administración General del Estado de treinta y siete horas y media semanales, según Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaria General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo (B.O.E. de 27 de diciembre de 2005). En resumen, el límite máximo del plazo de duración del permiso sustitutorio por lactancia será el resultado del cómputo del número de días hábiles hasta que el hijo menor de edad cumpla doce meses- a razón de una hora diaria - dividido por una jornada semanal de 37,5 horas o 7,5 horas diarias".*

A modo de ejemplo, para el caso de un empleado público con jornada ordinaria de lunes a viernes, a razón de siete horas y media diarias (total de treinta y siete horas y media semanales), se debieran contabilizar los días hábiles desde el día siguiente al de finalización de la baja maternal hasta que el hijo cumpla 12 meses (descontando sábados, domingos y festivos) para, a continuación, dividir la cantidad resultante entre 7,5, obteniendo el nº de días de permiso acumulado por lactancia.



En el caso de referencia, a la vista de la pretensión del empleado público, el cálculo debe referirse al número de días hábiles transcurrido desde la finalización del permiso de maternidad hasta que el lactante cumpla nueve meses (el 24 de marzo de 2024), con el límite máximo de los diez días solicitados.

QUINTO.- ÁMBITO TEMPORAL DEL DISFRUTE: sobre el marco temporal del disfrute del permiso acumulado, del tenor literal de su regulación por el artículo 48 del TREBEP se deduce que el mismo deberá realizarse íntegramente y en todo caso a partir de la finalización del permiso de maternidad, y antes de cumplido el plazo de doce meses, decayendo su ejercicio una vez transcurridos esos doce meses. Para el caso planteado, se desconoce en el momento de redactar el presente informe la fecha inicial (finalización del permiso de maternidad), si bien ha de considerarse referido el plazo final a la fecha de cumplimiento de los nueve meses del lactante, a tenor de las pretensiones del trabajador.

Sin perjuicio de la consideración de que el permiso por lactancia ha de disfrutarse a continuación del permiso por nacimiento o por adopción, guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente, la configuración legal de este derecho no impide disfrute en un momento posterior. En particular, de ser cierta la afirmación del trabajador, en el sentido de que así lo había concretado previamente con la mancomunidad.

El límite máximo de disfrute sería el del tiempo que reste hasta el cumplimiento de los doce meses de vida del menor, según el tenor literal del artículo 48 del TREBEP. No obstante lo anterior, en el supuesto planteado, dado que el nacimiento se produjo el 24 de junio de 2023, el límite máximo del disfrute se encontrará el 24 de marzo de 2024, en atención a la solicitud del empleado público (que se refiere al cumplimiento de los nueve meses).

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y fundamentos jurídicos, los que suscriben elevan las siguientes



CONCLUSIONES

PRIMERA.- Será de aplicación al supuesto de referencia el régimen jurídico del artículo 48.f) del TREBEP, que concede a los empleados públicos (incluyendo a los laborales) derecho al permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente al permiso de una hora diaria por lactancia de un hijo menor de doce meses. Sin embargo, nada impide a la mancomunidad acoger la pretensión del trabajador si se refiere a un periodo más reducido, como en este caso (que el propio solicitante limita a la fecha de cumplimiento de nueve meses por el lactante).

SEGUNDA.- La configuración normativa del permiso de lactancia limita el periodo máximo de su disfrute, que debe producirse entre la finalización del permiso de maternidad y el cumplimiento de doce meses por el lactante.

Se desconoce por los firmantes la fecha de finalización del permiso de maternidad, que marcaría el inicio del periodo de disfrute del de lactancia. Lo que sí puede asegurarse es que nada obsta que el disfrute del permiso no se inicie inmediatamente tras la finalización del permiso de maternidad, sino con posterioridad. Particularmente si, como indica el trabajador en su solicitud, así se hubiera acordado previamente con la mancomunidad.

Como ya se ha dicho, tampoco se aprecia obstáculo alguno para que el permiso se limite, en congruencia con la solicitud del interesado, por debajo de las previsiones del artículo 48.f) del TREBEP, a la fecha en que el lactante cumpla nueve meses (el 24 de marzo de 2024).

TERCERA.- Por lo que se refiere al cálculo de días de duración máxima del permiso en el caso de referencia, a la vista de la pretensión del empleado público, el cálculo debe referirse al número de días hábiles totales que le correspondiera trabajar desde la finalización del permiso de maternidad hasta que el lactante cumpla nueve meses (el 24 de marzo de 2024), que se dividirá por el número de horas que



DIPUTACIÓN DE CÁCERES
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

corresponden a cada una de sus jornadas, con el límite máximo de los diez días solicitados. Se contiene un ejemplo en el fundamento cuarto.