

INSTRUCCIÓN de 23 de diciembre de 2013, de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, por la que se establece los criterios de disfrute del permiso de lactancia por el padre u otro progenitor en el supuesto de que la madre no trabaje.

El Acuerdo de la Mesa Sectorial de Administración General de 27 de julio de 2006, sobre condiciones de trabajo del personal funcionario que presta sus servicios en ese ámbito sectorial y el VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, contemplan el permiso por lactancia como *"...un derecho de la madre o del padre en el supuesto de que ambos trabajen"*, considerándose implícitamente a la madre como titular "originario" del derecho a su disfrute.

Por su parte, en similares términos, la entonces vigente Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, consignaba expresamente a la "funcionaria" como titular del derecho. En la misma línea, la nueva regulación de este permiso recogida en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público influenciada por Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, se refiere también a la "funcionaria" cuando señala que *"igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente"*.

La mención al género femenino en ambos preceptos así como la propia dinámica de su regulación había llevado a considerar a la madre como titular "originaria" del permiso, lo que implicaba que, para que el padre u otro progenitor pudiesen disfrutar del permiso por lactancia, se precisaba que la madre le cediese el ejercicio del derecho. Para que ello fuera posible, se exigía 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 lo tanto, el padre u otro progenitor tampoco podrían disfrutar de dicho permiso.

Esta interpretación ha venido a ser revisada, primero, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez), y posteriormente, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2011, de 19 de mayo.

El primero de los pronunciamientos judiciales mencionados que, en atención a lo previsto 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 permiso por 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, la denegación del disfrute de un permiso bajo la condición de que la madre sea trabajadora por cuenta propia, constituye una limitación de su actividad profesional, al tiempo, que 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 tribunal comunitario entiende que procede reconocer el permiso por lactancia a favor del padre incluso en los supuestos en los que la madre sea trabajadora por cuenta propia, ya que lo contrario supondría una discriminación no amparada por el ordenamiento europeo.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español incorporaría, en la mencionada sentencia de 19 de mayo de 2011, los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, y, reiteraría su doctrina respecto de la constitucionalidad de las acciones positivas a favor de las mujeres tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación de la mujeres en el ámbito de las relaciones laborales. El Alto Tribunal español reconocería, en este sentido, que el Estatuto de los Trabajadores ampara el derecho del padre, trabajador por cuenta ajena, al disfrute del permiso por lactancia siempre que su esposa desempeñe una actividad profesional, aunque esta última actividad no dé lugar a la inclusión obligatoria en ninguno de los Regímenes de la Seguridad Social.

En esta misma línea, la Comisión Permanente de la Comisión Superior de Personal de la Administración General del Estado, en su acuerdo de 25 de julio de 2013, incorporaría la interpretación coincidente con los mencionados pronunciamientos jurisdiccionales, estableciendo, para el ámbito de esa Administración Pública, que "el permiso por lactancia puede ser ejercido indistintamente por el padre o la madre". El Acuerdo, a su vez, desarrollaría los términos concretos en los que el padre podría solicitar el disfrute del derecho.

Con el objetivo de facilitar la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, previa acuerdo de la Mesa General de Negociación de esta Administración, de 23 de diciembre de 2013, y en ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 18.1.c) del Decreto 320/2011, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública, el artículo 6 del Decreto 208/1999, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se distribuyen las competencias en materia de personal entre los diferentes órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y según lo dispuesto en el artículo 33 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado mediante

Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, este Centro Directivo acuerda:

Primero.- El permiso por lactancia es único para cada hijo, pudiendo ser ejercido indistintamente por el padre o la madre, incluso cuando ésta última no trabaje.

Para la concesión del permiso, será necesaria la aportación de la acreditación de la correspondiente situación laboral del otro cónyuge. En caso de que el otro progenitor trabajase, deberá adjuntar a la solicitud, un certificado de no concesión del referido permiso por aquél.

Segundo.- El permiso por lactancia sólo podrá ser concedido a uno de los progenitores en el supuesto de que ambos trabajen, sin perjuicio de que pueda ser disfrutado de forma compartida, pero no simultánea, por ambos progenitores.

Tercero.- El permiso por 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 maternidad, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprende el permiso por maternidad.

Cuarto.- En el supuesto de que el permiso de lactancia sea sustituido por una licencia retribuida de cuatro semanas de duración o la que resulte en caso de parto múltiple, podrá acumularse tanto al permiso por maternidad como por paternidad.

Zaragoza, a 23 de diciembre de 2013

EL DIRECTOR GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
Y CANTIDAD DE LOS SERVICIOS



Ignacio Murillo García-Atance

