



Roj: **STS 3977/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3977**

Id Cendoj: **28079140012005100641**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2005**

Nº de Recurso: **83/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIANO SAMPEDRO CORRAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de CASACION interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, contra la sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 2004, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 217/2003, instado por el ahora recurrente. Es parte recurrida ALDEASA, S.A., representada por el Letrado D. José Manuel Copa Martínez; la UNIÓN SINDICAL OBRERA (USO), representada por D^a Julia Bermejo Derecho; la FEDERACIÓN DE COMERCIO, HOSTELERÍA Y TURISMO DE COMISIONES OBRERAS, representada por D. Angel Martín Aguado; la FEDERACION ESTATAL DE TRABAJADORES DE COMERCIO, HOSTELERIA-TURISMO Y JUEGO DE LA U.G.T. representada por el Letrado D. Carlos Slepoy Prada y el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO formuló ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, demanda sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: "que el artículo 41, apartado D) "Lactancia", del convenio colectivo de la empresa ALDEASA, S.A. conculca la legalidad vigente".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandas comparecidas, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 29 de marzo de 2004, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "En atención a todo lo expuesto la Sala acuerda DESESTIMAR la impugnación de oficio del art. 41.d) del Convenio Colectivo de la empresa ALDEASA S.A. para los años 2003-2006 articulada por la Dirección General de Trabajo, declarando la conformidad a Derecho de dicha norma".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero El art. 41.d) del Convenio Colectivo de ALDEASA para los años 2003 a 2006 establece: "Lactancia. Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del periodo de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses". Segundo.- En los Convenios Colectivos suscritos desde 1995 se ha venido estableciendo que las horas establecidas como permiso de lactancia podrían acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido. No consta que con anterioridad a la vigencia del Convenio impugnado la Dirección General de Trabajo haya formulado comunicación de oficio solicitando que fuese declarada la ilegalidad de tal norma. Tercero.- En el período de tiempo que va desde 1999 hasta la fecha un total de 149 trabajadoras han solicitado la acumulación del permiso para su disfrute en un mes. Por el contrario trabajadoras han optado por disfrutar del permiso sin acumularlo."



QUINTO.- Preparado el recurso de Casación por el Abogado del Estado, formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 21 de junio de 2004; en él se consignan los siguientes Motivos: UNICO.- Al amparo del apartado e) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", en relación con los arts. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores y 3.1 del Código Civil .

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación a las partes recurridas personadas, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de declarar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo, que ha tenido lugar el 8 de junio de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión litigiosa se concreta en determinar si el artículo 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa para los años 2002 y 2003 al establecer la posibilidad de acumular las horas del permiso de lactancia mediante el disfrute del permiso de un mes retribuido se opone a lo dispuesto en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El mencionado precepto convencional preceptúa literalmente: "Lactancia: las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del periodo de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses".

2.- La Dirección General del Trabajo, antes demandante de oficio y, ahora, recurrente, ha pretendido la nulidad de la norma paccionada con fundamento principal en que (hecho 2 de la demanda) "la posibilidad que se establece de acumular las horas de permiso por lactancia para su disfrute como un mes ... al no estar contemplado en el artículo 37, números 4 y 6 del Estatuto de los Trabajadores , supone alterar la finalidad que se persigue con el derecho contemplado en este artículo del Estatuto de los Trabajadores, y que no es otra que dar una asistencia continuada de los padres al hijo recién nacido durante sus primeros meses de vida".

3.- La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 29 de marzo de 2004 , ha desestimado la pretensión actora, razonando en síntesis, que: a) citando al efecto la STS de 19 de junio de 1989 , "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". b) la norma colectiva lo que permite "es que los padres opten, si lo consideran mejor para el cuidado de sus hijos, por acumular los permisos y obtener el disfrute de un mes retribuido ampliando las posibilidades que el Estatuto concede a los trabajadores".

SEGUNDO.- La Abogacía del Estado, en la representación que ostenta, ha interpuesto el presente recurso de casación, frente a la mencionada sentencia, por el único motivo, que ampara en el artículo 205 e) de la L.P.L ., de infracción de "los artículos 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.) y 3.1 del Código Civil ". En la fundamentación del recurso, insiste la parte recurrente en que el Convenio Colectivo "lejos de mejorar la prestación de la relación laboral supone una conculcación de un bien jurídico protegido diferente, cual la atención y cuidado continuado de los hijos menores de nueve meses". El motivo, como igualmente dictamina el Ministerio Fiscal, debe ser rechazado en virtud de las siguientes consideraciones:

1.- La posibilidad establecida en el artículo 41.d) del convenio colectivo -así lo han afirmado las partes firmantes del Convenio en los escritos presentados ante la Dirección General del Trabajo- constituye una facultad otorgada al progenitor que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4 y 6 ET .

Ello es así, porque conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la ley (artículo 3 del Código Civil) constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable tiempo en los desplazamientos -máxime en un supuesto como el de ALDEASA, en el que la mayor parte de los trabajadores prestan sus servicios en aeropuertos, cuya sede está lejos de los domicilios urbanos-, la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral.

De otra parte, es evidente que la asistencia que se puede dar al hijo durante la media hora de disminución de la jornada es sensiblemente menor a la que reconoce la norma paccionada, que alcanza a un mes completo sin obligaciones laborales. Es sintomático, al efecto (hecho probado tercero) que trabajadores de Aldeasa han optado por ejercitar de esta forma el permiso de lactancia en forma mayoritaria.

2.- El art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial.



En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario, es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es, lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 E.T .

3.- No es de aceptar la tesis de la parte recurrente expresiva de que la norma paccionada altera, desvirtúa y desnaturaliza el régimen jurídico del permiso de lactancia, ya que, en primer término, la regulación legal se mantiene en su integridad y plenitud y por lo tanto difícilmente se puede hablar de alteración o desvirtuación de lo que permanece, de modo que la aplicación o no de la norma estatutaria dependerá de la opción que ejerciten los trabajadores.

Lo que hace el convenio es permitir una opción personal de mejora -nunca una imposición- que sin contrariar la vigencia plena de la norma, permite a aquellos trabajadores que -atendiendo a razones personales de cualquier índole- consideren que su derecho queda más protegido y la finalidad de la norma más garantizada con la acumulación de los permisos de lactancia.

En definitiva, como mantiene la sentencia recurrida, el precepto convencional no destruye, ni limita el derecho debatido, concebido siempre en atención y cuidado del menor, sino que, por el contrario, viene a ampliar, mejorando, la posibilidad de que, en los términos de la opción, los padres elijan lo que consideren más favorable para el cuidado de sus hijos.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede desestimar el presente recurso. Sin imposición de costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 233.2 L.P.L .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de CASACION interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, contra la sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 2004, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el proceso de Conflicto Colectivo Núm. 217/2003 . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.