

Nº DOCUMENTO:

C25/ 10_5

CUESTIÓN PLANTEADA:

Posibilidad de ceder el período voluntario del permiso de maternidad y el permiso de lactancia por madre profesional liberal a padre funcionario.

SÍNTESIS DE LA CONTESTACIÓN:

El permiso por parto es un derecho cuyo titular es la madre y para poder ceder el “período voluntario” de dicho permiso, ambos progenitores deben tener reconocido el permiso en el régimen jurídico aplicable a su relación de trabajo. Así, en aquellos casos en los que no se tenga reconocido este permiso por el régimen jurídico que le sea de aplicación, no será posible la cesión del mismo.

En el caso de la lactancia, a diferencia del permiso de maternidad, al ser un permiso desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y, por tanto, considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute de maternidad, si sería posible que el padre disfrutara de dicho permiso.

RESPUESTA:

Respecto a la posibilidad de ceder el periodo voluntario del permiso por parte de la madre a favor del padre, se deberá tener en cuenta lo siguiente:

La Sentencia 75/2011, de 19 de mayo, del Tribunal Constitucional ante una cuestión de inconstitucionalidad planteada, en el ámbito social, sobre un supuesto similar en tanto se plantea la posibilidad de privar al padre trabajador de un derecho (a suspender su contrato de trabajo durante el periodo de “descanso voluntario” y a percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante dicho

periodo) en caso de parto cuando su esposa no desempeña actividad que dé lugar a su inclusión en algún régimen de la Seguridad Social, establece que:

“En primer lugar (...) al configurar el derecho al “descanso voluntario” (y al percibo de la correspondiente prestación por maternidad, se sobreentiende) como originario de la madre, que puede cederlo –sí así lo desea- al padre, siempre y cuando ambos sean trabajadores afiliados a la Seguridad Social. (...)

En este sentido, hemos declarado que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. (...)

En el mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al reconocer que las medidas legales de los Estados miembros consistentes en la concesión de un periodo de descanso por maternidad, una vez expirado el plazo legal de protección por parto, reservando ese derecho a la madre trabajadora (...) en cuanto persiguen la finalidad legítima de proteger la condición biológica de la mujer con motivo de su embarazo y después del mismo, por una parte, y de proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, por otra. (...)

En efecto, en el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer en el precepto legal cuestionado el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto durante dieciséis semanas ininterrumpidas (...), y a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social, en su caso (...), es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación.(...).

Ello explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta puede ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del periodo de descanso “voluntario” en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (nemo plus iuris Quam ipse habet transferre potest)”.

Por todo lo anterior se concluye que, el permiso por parto es un derecho cuyo titular es la madre y para poder ceder el “periodo voluntario” de dicho permiso, ambos deben tener reconocido el permiso en el régimen jurídico aplicable a su relación de trabajo. Así, en aquellos casos en los que no se tenga reconocido este permiso por el régimen jurídico que le sea de aplicación, no será posible la cesión del mismo.

Es decir, si la madre no tiene derecho a la prestación económica por parto ni a la de lactancia derivada de la garantía de maternidad, no será posible que ceda el “periodo voluntario” del permiso de maternidad al padre, en tanto es un permiso vinculado a la protección biológica de la mujer.

Respecto a la posibilidad de cesión del permiso por lactancia de la madre a favor del padre, cuando ésta no cumple los requisitos exigidos para acceder a la prestación por lactancia, es el siguiente:

La Sentencia 75/2011 del Tribunal Constitucional de 19 de mayo de 2011, establece en relación a la cesión del permiso de lactancia que:

“Esta doctrina se reitera por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reciente Sentencia de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez, en la que si

bien se aprecia la disposición que excluye el permiso de lactancia a los padres trabajadores por cuenta ajena cuando la madre del niño no tiene a su vez la condición de trabajadora por cuenta ajena constituye una diferencia de trato por razón de sexo contraria a la Directiva 76/2007/CEE, por estimar el Tribunal que, al haberse desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, no puede entenderse que este permiso asegure la protección biológica de la mujer después de su embarazo y parto, sino que debe considerarse actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad”.

Por ello, en el caso de la lactancia, a diferencia del permiso de maternidad, al ser un permiso desvinculado el referido permiso del hecho biológico de la lactancia natural, y por tanto debe considerarse como un tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute de maternidad, si sería posible que el padre disfrutara de dicho permiso.

En cuanto a la forma de disfrute del permiso por lactancia acumulado, con carácter general, para los funcionarios de la Administración General del Estado, el criterio es el siguiente:

En el ámbito de la Administración General del Estado, en cuanto a la duración del permiso, se calculará atendiendo a la jornada general de trabajo en la Administración General del Estado, a saber: treinta siete horas y media semanales, tal y como se dispone en la Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública, de 20 de diciembre de 2005, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo. Así, la duración máxima de este permiso será de cuatro semanas.

En cuanto a los requisitos de solicitud, hay que indicar que el derecho de opción a la sustitución por jornadas completas del permiso por lactancia de un hijo menor de doce meses, deberá ejercerse antes de la conclusión de la baja por

maternidad. Una vez que se haya optado por una de las modalidades de este permiso, bien el disfrute fraccionado o la acumulación en jornadas completas, deberá mantenerse dicha opción hasta su finalización.