

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 419/2018 de 19 Abr. 2018, Rec. 1286/2016

Ponente: García Paredes, María Luz.

Nº de Sentencia: 419/2018

Nº de Recurso: 1286/2016

Jurisdicción: SOCIAL

El permiso de lactancia acumulado ha de calcularse sobre la hora entera de ausencia del centro del trabajo

ACUMULACIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA. Los trabajadores pueden acumular la lactancia computando 60 minutos diarios y no solo media hora. El convenio colectivo de empresa establece la posibilidad de que el empleado opte entre faltar una hora diaria dividida en dos fracciones de media hora, o reducir la jornada diaria en media hora y también la posibilidad de disfrute acumulado, pero sin especificar el régimen de la acumulación. Ha de realizarse una interpretación "pro operario", por lo que no es conforme a derecho la práctica habitual de la empresa consistente en acumular el permiso a razón de media hora día.

El TS desestima el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto, confirma sentencia del TSJ Andalucía, y declara que en la acumulación del permiso de lactancia por jornadas completas ha de computarse la hora diaria de ausencia al puesto.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 419/2018

Excmas. Sras.

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D^a. M.^a Luz García Paredes

En Madrid, a 19 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Andrés González Fernández, en nombre y representación de la mercantil Valeo Iluminación S.A., contra la sentencia dictada el 4 de febrero de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 2878/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén, de fecha 23 de septiembre de 2015, recaída en autos núm. 468/2015, seguidos a instancia de Confederación de cuadros y profesionales (CCP ASMAVAN) contra la empresa Valeo Iluminación S.A., sobre conflicto colectivo.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos la Confederación Sindical de CC.OO de Andalucía y la

confederación de Cuadros Profesionales y FES-UGT, representados por los letrados Sr. López Ruiz y Sra. Arribas Castillo, respectivamente.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de septiembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«I.- El presente conflicto afecta a todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa VALEO ILUMINACIÓN S.A. en su factoría de Martos (Jaén), unos 2.249 en total.

II.- El artículo 25 apartado s) del XV Convenio Colectivo de la empresa, publicado en el B.O.P. de Jaén de 24 de abril de 2012, sobre lactancia de hijo menor de 9 meses, establece que el trabajador o trabajadora tendrá derecho a "una hora diaria de ausencia, dividida en dos fracciones de media hora o reducción de la jornada diaria en media hora. Posibilidad de disfrute acumulado".

III.- En la Comisión Paritaria del Convenio en su reunión de 16 de junio de 2015 se planteó el tema en los siguientes términos: "Por parte de ASMAVAM se considera que la lactancia acumulada debe realizarse computando 60 minutos diarios y no el tiempo que en la actualidad viene acumulando la empresa, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en esta materia.- La Dirección de la empresa responde que la acumulación de horas de lactancia no es un derecho de los trabajadores que se desprenda directamente del ET, sino que dicha norma establece su regulación por vía convencional.- Nuestro convenio no establece dicho derecho, sino exclusivamente su posibilidad de acuerdo con lo establecido en el art. 25 del mismo, de lo que se deduce que el trabajador que esté interesado al faltar tal regulación convencional, deberá pactar con la empresa los términos de la acumulación, y entre ellos el tiempo de acumulación diario. Es decir, no existe un derecho de aplicación directa, sino la posibilidad de pactar en los términos que las partes acuerden".

IV.- Se planteó el conflicto ante el SERCLA, celebrándose acto de conciliación sin avenencia el 28 de julio de 2015 (folio 60)».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «Que estimando la demanda interpuesta por el sindicato CONFEDERACIÓN DE CUADRO Y PROFESIONALES (CCP ASMAVAN) contra la empresa VALEO ILUMINACIÓN S.A., el sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, y el sindicato COMISIONES OBRERAS, declaro el derecho los trabajadores de la empresa demandada a optar por la acumulación del permiso de lactancia por jornadas completas, refiriéndose a cada hora diaria de ausencia al trabajo, debiendo computar la empresa por cada jornada completa 60 minutos, reconociéndose el derecho a los trabajadores desde la entrada en vigor del XV Convenio Colectivo de Empresa Valeo Iluminación, S.A. de Martos, siempre que no esté afecto de prescripción».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de VALEO ILUMINACIÓN S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia en fecha 4 de febrero de 2016, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa VALEO ILUMINACIÓN S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Jaén, en fecha 23 de Septiembre de 2015, en Autos núm. 468/2015, seguidos a instancia del mencionado recurrente, en reclamación sobre CONFLICTO COLECTIVO (DERECHOS FUNDAMENTALES), contra la empresa VALEO ILUMINACIÓN S.A., el sindicato UGT y el sindicato CCOO, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Sin costas».

TERCERO.- Por la representación de Valeo Iluminación S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de mayo de 2012 (RSU. nº 5544/2011).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 25 de enero de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debía ser estimado.

SEXTO.- Instruida la Excma. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento del recurso.

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el permiso de lactancia es posible acumularlo atendiendo a la hora de ausencia cuando tal derecho de acumulación se recoge en el convenio colectivo aplicable, pero sin fijar los términos de tal acumulación o si, en ese caso, se debe estar a la práctica empresarial de acumulación en función de la media hora de reducción de jornada.

A tal fin, la empresa recurrente ha formulado el recurso señalando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 29 de mayo de 2012, rec. 5544/2011 , y denunciando como preceptos legales infringidos el art. 37.4 del ET y art. 25 del Convenio Colectivo de Empresa.

2.- Impugnación de las partes recurridas personadas

El recurso ha sido impugnado por la parte actora recurrida que invoca la falta de identidad entre las sentencias comparadas al no existir en la de contraste ninguna previsión sobre acumulación. En otro caso, considera que debe mantenerse el criterio de la sentencia recurrida al ser el que se ajusta a lo pactado que, al no especificar el régimen de la acumulación, implica que deba acudir al principio pro operario.

La parte demandada y también recurrida, UGT, considera que no hay identidad al ser diferentes los convenios colectivos. Y en todo caso, considera que la doctrina correcta es la de la sentencia recurrida.

Por la otra parte demandada y recurrida, CCOO de Andalucía, en orden a la infracción normativa denunciada, considera que debe ser desestimada por cuanto que, a su juicio, la sentencia recurrida contiene la doctrina correcta, recordando la jurisprudencia en materia de interpretación de los convenios colectivos y que éstos no pueden ir contra las previsiones del ET, con cita del principio pro operario.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que, partiendo de la existencia de contradicción, considera que "no puede entenderse, como hace la sentencia recurrida, que el texto sea tan confuso que pueda interpretarse como que existe la opción de optar entre faltar una hora o media hora acumulables en jornada completa durante nueve meses".

SEGUNDO. - Sentencia recurrida.

1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por la Organización sindical que, en proceso de conflicto colectivo, interesaba que se declarase el derecho de los trabajadores de la empresa demandada a optar por la acumulación del permiso de lactancia por jornadas completas, refiriéndose a cada hora diaria de ausencia al trabajo, debiendo computar la empresa por cada jornada completa 60 minutos, desde la entrada en vigor del 15º Convenio Colectivo de la Empresa Valeo Iluminación, SA, de Martos.

Los hechos que se han declarado probados en la instancia, inmodificados en vía de suplicación, refieren que el Convenio Colectivo (BOP de Jaén, de 24 de abril de 2012, dispone, en su art. 25 s), que el trabajador o trabajadora tendrá derecho a "una hora diaria de ausencia, dividida en dos fracciones de media hora o reducción de la jornada diaria en media hora. Posibilidad de disfrute acumulado". Por su parte, la Comisión Paritaria del Convenio, en su reunión de 16 de junio de 2015 se planteó el tema en los siguientes términos: "Por parte de ASMAVAM se considera que la lactancia acumulada debe realizarse computando 60 minutos diarios y no el tiempo que en la actualidad viene acumulando la empresa, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en esta materia. La Dirección de la empresa responde que la acumulación de horas de lactancia no es un derecho de los trabajadores que se desprenda directamente del ET, sino que dicha norma establece su regulación por vía convencional. Nuestro convenio no establece dicho derecho, sino exclusivamente su posibilidad de acuerdo con lo establecido en el art. 25 del mismo, de lo que se deduce que el trabajador que esté interesado al faltar tal regulación convencional deberá pactar con la empresa los términos de la acumulación, y entre ellos el tiempo de acumulación diario. Es decir, no existe un derecho

de aplicación directa, sino la posibilidad de pactar en los términos que las partes acuerden".

El Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén dictó sentencia el 23 de septiembre de 2015, en los autos 468/2015, en la que se estimaba la demanda, al considerar que la posibilidad de disfrute al que se refiere la norma colectiva se debe interpretar como derecho de opción en cualquiera de las alternativas en las que puede ser disfrutado dicho permiso, debiendo computar la empresa por cada jornada 60 minutos y no 30.

2.- Debate en vía de suplicación.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede en Granada, de 4 de febrero de 2016, rec. 2878/2015, dicta sentencia y, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada, lo desestima.

La sentencia de suplicación considera que, en relación con el disfrute acumulado del permiso de lactancia lo sea por 30 minutos, no existen acuerdos entre empresa y trabajadores por lo que el derecho reconocido en la instancia se debe mantener ya que, al establecer el Convenio Colectivo esa posibilidad de disfrute acumulado, ello significa que no es necesario acuerdo expreso, no estando en el supuesto de la STS de 11 de noviembre de 2009. Por ello, entiende la Sala que, en aras del principio pro operario, no hay razón para acudir a una interpretación restrictiva como pretende la parte recurrente.

TERCERO. - Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales,

2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de 29 de mayo de 2012, rec. 5544/2011, aclarada por Auto de 25 de junio de 2012, resuelve un supuesto en el que la trabajadora había reclamado su derecho al disfrute del permiso de lactancia de forma acumulada en 26,6 días laborales. Dicha pretensión fue estimada por el Juzgado de lo Social. La Sala de suplicación considera que la acumulación del permiso no es posible reconocerla si no hay previsión convencional ni acuerdo. En el caso concreto que resuelve, considera la Sala que la empresa no niega la acumulación, sino que la reconoce por media hora y como en el Convenio Colectivo Provincial del Comercio Vario de A Coruña nada expresa de forma concreta, implica que haya de estarse la práctica empresarial de conceder 13 días de permiso de lactancia acumulado, computando media hora. El Convenio Colectivo (BOP, 30 de junio de 2009 en su art. 36, sobre Acumulación del permiso de lactancia, disponía lo siguiente: "Los trabajadores y trabajadoras podrán acumular el permiso por lactancia, regulado en el artículo 37-4 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que sea a continuación de la baja por maternidad, por días completos y contabilizando en cada empresa el tiempo que supone la hora de lactancia".

3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS partiendo de los términos que la parte recurrente ha llevado al recurso y que, realmente, se identifican con la existencia en ambos casos de una práctica empresarial de otorgar una acumulación del permiso de lactancia en atención a la media hora de reducción de jornada.

Pues bien, en ambos casos se pide por los trabajadores el derecho a acumular en jornadas completas el permiso de lactancia, a razón de una hora de trabajo, y la sentencia recurrida ha otorgado dicho derecho mientras que la contraste ha negado ese parámetro de cálculo.

La sentencia recurrida reconoce el derecho a la acumulación en atención a la hora de ausencia porque, contemplando el Convenio Colectivo la posibilidad de acumulación, este derecho debe ser determinado acudiendo al principio pro operario que justifica que, para determinar las jornadas completas, deba acudirse a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción de jornada. La sentencia de contraste, a pesar de que en el Convenio Colectivo se recoge el derecho a la acumulación del permiso de lactancia, considera que su determinación debe hacerse conforme a la práctica empresarial según la cual fija el cálculo de acumulación en atención a la media hora de reducción de jornada.

Esto es, haciendo referencia en ambos el Convenio Colectivo al derecho de acumulación, en un caso como en otro, finalmente las sentencias llegan a soluciones contrarias dado que la sentencia recurrida otorga el derecho al permiso de lactancia acumulado computando la hora de ausencia, sin atender al criterio que aplica la empresa, lo que es contrario a lo decidido en la sentencia de contraste.

No obsta a la existencia de contradicción el que una y otra sentencia se pronunciaron sobre supuestos ocurridos en tiempos distintos y bajo un art. 37.4 ET con diferente contenido dado que, en lo que aquí interesa, el derecho de acumulación arranca del año 2007 y sobre él no se ha producido ninguna alteración

Por otro lado, es cierto que los convenios colectivos en uno y otro caso son distintos pero, en lo que es objeto del recurso, la posible diferencia que pudiera existir en el contenido de uno y otro convenio resulta irrelevante en tanto que en ambos casos hay una previsión en el Convenio sin los parámetros de cálculo que aquí se cuestionan y sobre los que se pronuncian las respectivas sentencias con decisiones contradictorias.

CUARTO. - Motivos del recurso en relación con los puntos de contradicción.

1.- Normas invocadas y fundamentación del único motivo de casación.

La norma sustantiva que se invoca, en relación con el punto de contradicción que se ha formulado, es el art 37.4 del ET

Según la parte recurrente y como fundamentación del motivo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 224.2 de la LRJS , el ET remite a la negociación colectiva para determinar los términos de la acumulación del permiso de lactancia por lo que, a falta de previsión convencional al respecto, en caso de que se acumule el permiso por jornadas completas, el legislador ha querido vincular dicha acumulación a la media hora de reducción de jornada. En caso de duda debe acudirse a la costumbre que es fuente del derecho laboral y en este caso, sigue diciendo la parte recurrente, la práctica habitual de la empresa es la de acumular el permiso a razón de media hora día.

2.- Examen de la infracción normativa en relación con el art. 37.4 del ET.

El C183 de la OIT, Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, que revisa el anterior de 1952, dispone en su art. 10 que "1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo. 2. El período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia"

Este derecho viene recogido en el art. 37 del ET que, desde el año 1994, ha sufrido unas diez modificaciones y, en concreto el apartado 4 se ha visto afectado en dos ocasiones. Así, y para una mejor comprensión de la regulación legal, en 1994, el art. 37.4 del ET disponía lo siguiente: "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 mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen"

En virtud de la Disposición Adicional 11ª de la Ley Orgánica 7/2007 , el precepto en cuestión pasó a tener la siguiente redacción: "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 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 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".

Posteriormente, en virtud del RD Ley 3/2012 y la Ley 3/2012, sus respectivas Disposición Final 1.1 a 3, modificaron el apartado 4 del art. 37, identificando el hecho causante -nacimiento de hijo, adopción o acogimiento conforme dispone el art. 45.1 d) ET y, además, respecto del sujeto beneficiario de ese derecho, reconoce que es un derecho individual no solo de la mujer trabajadora sino también del hombre trabajador por lo que la sustitución de la ausencia del trabajo por una reducción de jornada ya no se vincula solo como derecho de la mujer sino de quien ostenta el derecho -trabajador o trabajadora- y sigue diciendo en ese sentido que " Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen"..

Esto es, en el desarrollo legislativo que ha sufrido este permiso retribuido, si bien en un principio se identificaba con la hora de ausencia del trabajo, permitiendo que la trabajadora pudiera "sustituir" ese derecho por la reducción de su jornada, resulta que a partir del año 2007, esa sustitución es acompañada de otra opción en el ejercicio del derecho como es la de "acumularlo" en jornadas completas, en los términos que la negociación colectiva establezca o por acuerdo con el empresario, siempre que se respete lo que esta negociación haya establecido.

Esta previsión legislativa de acumulación del permiso de lactancia posiblemente estuvo inspirada en algo, en lo señalado por esta Sala al respecto, en la sentencia de 20 de junio de 2005, recurso de casación 83/2004 , en la que se dijo que "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" .

Y este criterio fue no solo recogido por el legislador en la reforma de 2007, a pesar de que entonces, alguna enmienda pretendía desvincular esa acumulación de la negociación colectiva para otorgarla, simplemente, al trabajador, lo que no prosperó, sino que esa previsión normativa fue también objeto de otra sentencia que se cita en las sentencias aquí contrastadas. En efecto, la STS de 11 de noviembre de 2009, rc 133/2008 , tras recordar la reforma operada en el apartado 4 del art. 37, claramente determina el alcance de esa reforma señalando que dicho precepto "se limita a indicar que "la mujer, por su voluntad" puede acumular el permiso "en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con el empresario, respetando, en su caso, lo establecido en aquélla".

De esta forma, si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación"

La siguiente reforma de 2012 no ha alterado ese régimen en tanto que, al margen de que especificara que el derecho no solo lo es de la mujer trabajadora sino del hombre trabajador, sigue manteniendo que quien ejercite ese derecho tiene el de opción entre sustituir la ausencia de una hora del trabajo por una reducción de jornada o acumularlo en jornadas, en caso de que el convenio colectivo contemple tal posibilidad o se haya alcanzado un acuerdo con el empresario, siempre y cuando no vea el trabajador o trabajadora disminuidos los derechos que por norma legal o convencional se han establecido al respecto.

3. Convenio Colectivo y permiso de lactancia acumulado en jornadas completas.

A. Derecho convencional a la acumulación del permiso.

En el presente caso, el Convenio Colectivo de la empresa (BOP de Jaén, de 24 de abril de 2012) dispone, en su art. 25 s), que el trabajador o trabajadora tendrá derecho a "una hora diaria de ausencia, dividida en dos fracciones de media hora o reducción de la jornada diaria en media hora. Posibilidad de disfrute acumulado".

Los términos del Convenio Colectivo son claros en orden a que los negociadores del Convenio han querido introducir

la opción de disfrutar ese derecho que regula de forma acumulada. La empresa recurrente no niega con rotundidad esa posibilidad sino que, dentro de una interpretación de lo que señala el Convenio Colectivo, discrepa de la forma en que debe articularse esa acumulación considerando, por un lado, que con esos términos convencionales lo que se está queriendo establecer es que la acumulación solo se puede activar cuando se alcance un acuerdo con el trabajador y, en todo caso, ante la duda, que se acuda a la práctica empresarial de obtener la acumulación en atención a la media hora/día.

La posibilidad de disfrute acumulado que se recoge en el Convenio Colectivo no puede entenderse como un derecho que queda al acuerdo de las partes porque no es ese el contenido del art. 25 que, de entender que la acumulación del permiso debería producirse por acuerdo entre las partes, así tendría que haberlo expresado máxime cuando ya se contempla tal previsión en el propio art. 37.4 ET. Cuestión distinta será fijar los términos de esa acumulación y si debe obtenerse sobre una hora de ausencia o media hora de jornada al no señalar nada al respecto el Convenio Colectivo.

Y en relación con la fijación de los términos del derecho de acumulación, desde luego, no puede dejarse a la práctica empresarial cuando el propio art. 37.4 del ET lo somete al acuerdo de voluntades y no a la decisión unilateral del empresario que es lo que, en definitiva, pretende la parte recurrente por medio de una consideración de esta como costumbre y menos cuando ésta no respeta los derechos reconocidos en la norma legal.

Del mismo modo que tampoco podría entenderse que la voluntad del trabajador, a pesar de ser el titular del derecho, pueda definir los términos del derecho, en ausencia de especificación en la norma colectiva, porque tampoco es lo que se indica en el art. 37.4 ET, a diferencia, por ejemplo, de lo que se establece en el art. 37.8 del ET. Esto es, que *ni la práctica de empresa ni la voluntad unilateral del trabajador puede, aisladamente, configurar el derecho de acumulación.*

La costumbre, que se invoca por la parte recurrente, en este caso, tampoco podría servir a estos efectos. Como señala la STS de 4 de marzo de 2005, rc 71/2004] "la Ley atribuye a los usos y costumbres laborales la condición de fuente subsidiaria de último grado, puesto que, tal y como previene el número 4 del mismo precepto, sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa", y lo que aquí se suscita viene definido en disposición legal ya que la acumulación en jornadas completas del permiso lo es sobre la hora de ausencia del centro de trabajo, tal y como determina el art. 37.4 ET y más adelante se razonará.

B. Acumulación del permiso de ausencia de una hora del trabajo. *La acumulación en jornadas completas debe obtenerse acudiendo a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción de jornada, como bien ha decidido la sentencia recurrida.*

Por un lado, es oportuno recordar el criterio jurisprudencial según el cual la interpretación de los convenios colectivos, en principio, es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer sobre el de la parte recurrente, salvo que el alcanzado por el órgano judicial lo haya sido con notoria infracción de alguna de las normas que regulan la interpretación de los contratos y normas jurídicas o carezca de un juicio de razonabilidad [STS de 31 de octubre de 2017, rcud 3234/2015].

Como venimos expresando, *los Convenios Colectivos no hacen expresa mención de si las jornadas completas deben obtenerse con base en la hora de ausencia o en la media hora de reducción de jornada.* Por otro lado, la Comisión Paritaria del Convenio ha tenido conocimiento de esta cuestión y al respecto tan solo consta en los hechos probados las posiciones de empresa y representantes de los trabajadores, pero no se ha establecido por dicha Comisión si las jornadas completas se obtienen de una forma determinada. Es más, la voluntad de los negociadores del Convenio Colectivo no parece que sea la que se pretende en el recurso cuando resulta que el parámetro que ha seguido la sentencia recurrida es el que se ha recogido en el posterior Convenio Colectivo, seguramente ante las discrepancias de criterios que al respecto existían entre empresa y representación legal de los trabajadores, lo que se ha reflejado dando un nuevo contenido del citado art. 25 s) diciendo lo siguiente " En caso de disfrute acumulado el cómputo se realizará a razón de una hora por día laborable. Este cómputo, se realizará con efectos retroactivos desde el día 1 de enero de 2016" (BOP Jaén 158/2016, 18 de agosto). Esta regulación nos permite, también, confirmar la solución alcanzada en la sentencia recurrida ya que es reitera doctrina de esta Sala que las normas posteriores, aunque no sean aplicables al caso por razones temporales, "cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el

pronunciamento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 -rc 1170/01 -; ... 06/07/16 - rcud 530/14 -; y 29/03/17 -rc 133/16 -)" [STS de 12 de diciembre de 2017, rcud 668/2016].

C. Previsión del art. 37.4 ET en orden a la acumulación en jornadas completas. Además, desde el alcance que debe darse a la regulación del art. 37.4 del ET, y ante la ausencia de especificación al respecto en el Convenio Colectivo que nos ocupa, se llegaría a igual solución.

El derecho al permiso por lactancia se identifica en el art. 37.4 ET con la ausencia de una hora del centro de trabajo para cubrir esa finalidad. La lactancia del menor, ausentándose el trabajador del centro de trabajo, puede suplirse por otras fórmulas y así se ha previsto que pueda sustituirse por la reducción de jornada, en cuyo caso, se identifica esta con una duración concreta -media hora-. Y tanto una u otra forma de ejercer el derecho son mínimos de derecho necesario relativo, como ya se ha dicho por esta Sala, que el Convenio Colectivo debe respetar, como sucede en el que aquí es objeto de interpretación.

A partir de ahí, el legislador ha señalado que la negociación colectiva puede permitir acumular en jornadas completas el derecho. Dado que ese derecho consiste en ausentarse del centro de trabajo, este permiso es el que se acumula y, por tanto, lo es sobre la hora de ausencia. La norma estatutaria acude a la expresión "acumularlo", en clara referencia al derecho y no dice "acumularla" en referencia a la reducción de jornada. Por tanto, lo que se traslada a la negociación colectiva es la acumulación de las horas de ausencia, salvo que esa previsión legal se supere por otra más beneficiosa para el trabajador o la trabajadora o que en acuerdo bilateral entre empresa y trabajador se mejore la norma legal o convencional.

QUINTO. - Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -oído el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de recurrida y que - en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [art. 235.2 LRJS].

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de la mercantil Valeo Iluminación S.A.

2º.- Confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, con sede en Granada en fecha 4 de febrero de 2016 [rec. de Suplicación nº 2878/2015], que a su vez había confirmado la resolución - estimatoria de la demanda- que en fecha 23 de septiembre de 2015 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Jaén [autos 468/2015], en proceso de conflicto colectivo.

3º.- Sin imposición de costas a la recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.