

Edita: Secretaría Confederal de Acción Sindical y Salud Laboral

· Plaza de Santa Bárbara, 5, 6º - 28004 - Madrid · Telf.: + 34 577 41 13

· www.uso.es · Facebook: Acción Sindical USO · Twitter: @AccionsindUSO

## PERMISO POR LACTANCIA.

**Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 124/2018 de 19 de julio.**

Esta sentencia tiene como origen la pretensión consistente en que los trabajadores varones disfruten el permiso de lactancia, calculándose en relación al período que transcurra desde el final del permiso de paternidad y hasta que la hija o hijo tenga un año de edad.

La Audiencia Nacional reconoce este derecho y considera que, la decisión empresarial de negar el permiso de lactancia a los trabajadores hasta la 16ª semana, impide que la madre comparta con el padre parte de su permiso de maternidad, reduce los días del permiso de lactancia del padre y desincentiva el uso de ese derecho, lo cual comporta, en la práctica, un trato peyorativo para las mujeres.

El permiso por lactancia, se regula en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece:

*En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores 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, 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 el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.*

*Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.*

La Audiencia Nacional, recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-04-2018 en la que se precisa que el período acumulable comporta el derecho a ausentarse del centro de trabajo con derecho a retribución durante una hora diaria, de manera que el trabajador o trabajadora,

tendrá derecho a acumular una hora diaria en los nueve meses desde el nacimiento del menor.

La sentencia del Tribunal Supremo, reconoce el derecho al permiso, que se identifica con un derecho individual de los trabajadores, ya sean hombres o mujeres y una limitación, según la cual sólo podrá ejercerse por uno de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

La Audiencia Nacional toma como referencia la sentencia de 30-09-2010, C-104/09 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde precisó lo siguiente:

*El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.*

Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sirve de base para la nueva regulación legal del permiso, contenida en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce indistintamente el permiso de lactancia a los padres y madres, sin más limitación que la imposibilidad de ejercer simultáneamente ese derecho, aunque nada impide que lo ejerciten sucesivamente.

Los demandantes reclaman, que los trabajadores tienen derecho a disfrutar acumuladamente el permiso de lactancia en jornadas completas desde que concluya su permiso de paternidad.

Por su parte, la empresa demandada, se opone a dicha pretensión, al entender que, existe incompatibilidad entre los permisos de maternidad o paternidad y el permiso de lactancia, argumentando que, si la madre está cuidando al menor durante su permiso de maternidad, no hay razón alguna para que el padre disfrute del permiso de lactancia.

La Sala establece que, el permiso de paternidad, regulado en el artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores, se predica del padre, quien tiene derecho a suspender su contrato de trabajo durante cinco semanas, ampliable en los supuestos de partos múltiples, tratándose de una suspensión independiente de los supuestos de disfrute compartido regulados en los apartados 4 y 5, lo que contribuye, decisivamente también, a que los padres se corresponsabilicen de manera efectiva en el cuidado de los hijos en momentos claves y exigentes de su crianza, evitando, de este modo, concentrar esa obligación en las madres, quienes se veían claramente perjudicadas en sus actividades profesionales, debido a esas suspensiones prolongadas de sus contratos de trabajo.



En este punto la Audiencia Nacional, debe resolver si el ejercicio del derecho a suspensión del contrato por maternidad (hasta 16 semanas) por la madre, impide que el otro progenitor disfrute del permiso de lactancia al mismo tiempo, o bien, es posible por cuanto el otro progenitor puede ejercer su derecho desde el momento que finalice el permiso por paternidad.

A este respecto, la Sala rechaza que los padres no puedan disfrutar acumuladamente el permiso de lactancia, si las madres están disfrutando la suspensión de sus contratos por maternidad, y afirma que, los derechos de maternidad y/o paternidad están claramente diferenciados del permiso de lactancia, cuyo ejercicio indistinto por ambos progenitores, tiene por finalidad, como señaló el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 30-09-2010, C-104/09, facilitar un

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.

Y añade que, la negativa empresarial a reconocer el permiso de lactancia a los padres, aunque hayan concluido su permiso por paternidad, hasta la décimo sexta semana desde el parto, limita el ejercicio del derecho de ambos progenitores, lo que supone obstaculizar el derecho de opción de la madre a compartir con el padre su permiso de maternidad, en los términos previstos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que le obliga, en la práctica, a disfrutar exclusivamente las dieciséis semanas de suspensión, sin la posibilidad de que el padre disfrute su permiso de lactancia, tras la conclusión de su permiso de paternidad, lo impide que, ambos cónyuges puedan cuidar conjuntamente a sus hijos.

Finalmente, la Sala concluye que la política empresarial descrita supone, en la práctica, que los padres podrán disfrutar de menos días de permiso de lactancia, lo cual provoca un efecto disuasorio para el ejercicio del derecho, entre cuyas finalidades está precisamente la corresponsabilización de ambos cónyuges en el cuidado de sus hijos, al solapar indebidamente el ejercicio del derecho con el disfrute del permiso por maternidad, lo cual supone una manifiesta discriminación por razón de sexo, que vulnera el artículo 14 de la Constitución Española.

Por ello, la Audiencia Nacional, estima la demanda, y declara el derecho de los trabajadores varones a disfrutar del permiso de lactancia de forma acumulada hasta que la hija o hijo tenga un año de edad, calculándose en relación al período que transcurra desde el final del permiso de paternidad y hasta que la hija o hijo tenga un año de edad.

Desde USO, valoramos positivamente esta sentencia, y entendemos, que se debe pasar de la conciliación a la corresponsabilidad, fomentando los derechos de conciliación parentales, equiparando la regulación del permiso de paternidad al de maternidad, y fijando que los permisos sean intransferibles, distinguiendo un derecho originario de la mujer, de un segundo derecho de los progenitores sin distinción de sexo, dirigido a cuidar del recién nacido, contribuyendo así, a erradicar la perpetuación de los roles de género y evitando a la trabajadora el desequilibrio de las cargas familiares.