

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Algunas notas destacables del permiso por lactancia

Comentario de la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018

Pilar PALOMINO SAURINA*

RESUMEN: En esta sentencia la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo y declara el derecho de los trabajadores varones a disfrutar del permiso de lactancia de forma simultánea con su mujer en permiso de maternidad hasta que el hijo tenga un año de edad.

Palabras clave: Permiso de lactancia, permiso de maternidad, progenitores.

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho. 2. Algunas notas destacables del permiso por lactancia. 3. La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018. 4. Bibliografía.

* Profesora contratada doctora de la Universidad de Extremadura.

Some Notable Notes of the Breastfeeding Leave

ABSTRACT: In this ruling, the National Court upholds the claim of collective dispute and declares the right of male workers to enjoy the lactation permit simultaneously with their wife on maternity leave until the child is one year old.

Key Words: Breastfeeding leave, maternity leave, parents.

1. Supuesto de hecho

La Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores presentó demanda de conflicto colectivo ante la Audiencia Nacional al pretender que se declarara el derecho al permiso por lactancia de forma acumulada por parte de los trabajadores varones de la Compañía Logística de Hidrocarburos hasta que la hija o hijo tuviera un año de edad. Apoyó su pretensión en lo dispuesto en el art. 36.i) del convenio de empresa, que mejoraba el régimen de licencias contenido en el art. 37.4 ET, puesto que ampliaba el tiempo de acumulación del permiso por lactancia a un año y denunció que la empresa demandada imponía unilateralmente a los trabajadores que decidieran acumular la licencia a que comenzaran a disfrutarla a partir de la finalización de la decimo sexta semana del permiso por maternidad o al finalizar el permiso por paternidad.

CGT y CCOO se adhirieron a la demanda. Sin embargo, la Compañía Logística de Hidrocarburos, SA se opuso a la misma ya que según alegaba el convenio no regulaba el dies a quo para el ejercicio del derecho y además la licencia por lactancia es incompatible con el permiso por maternidad y/o paternidad puesto que su finalidad es asegurar el cuidado del menor.

El día 18 de mayo de 2018 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA.

2. Algunas notas destacables del permiso por lactancia

Como recoge el artículo 37.4 ET 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».

Como todos los permisos, el de lactancia entronca de manera muy directa con su finalidad que no es otra cosa que proveer al trabajador de un tiempo de asueto que le permita afrontar de manera específica y particularizada una responsabilidad familiar sin que el trabajo le obstaculice.

Por ello, se puede decir que existe una conexión muy estrecha entre el acaecimiento del suceso en cuestión, el nacimiento de un hijo, y el momento de disfrute del permiso correspondiente sin que quepa deslindar temporalmente el suceso causante y el ejercicio del derecho. De tal manera que, si no existiese una superposición horaria entre el tiempo considerado por la Ley como necesario para atender la eventualidad y el horario del trabajador, no se daría una concesión del permiso como tal, ya que éste estaría utilizando su tiempo libre para ocuparse de la lactancia de su hijo.

No obstante, si se produjera una incapacidad temporal durante el periodo del permiso, éste quedará absorbido por esta situación ya que su concesión solo tiene sentido en aquellos supuestos en que las obligaciones laborales imposibilitan la atención de la necesidad amparada por el derecho, porque es igual que los permisos retribuidos regulados en el artículo 37 ET, que reconocen el derecho a ausentarse del trabajo con derecho a retribución, siendo patente que no cabe su ejercicio cuando el contrato esté suspendido¹.

Sin embargo, con respecto a los trabajadores a tiempo parcial se plantea el dilema de si hay que otorgarles un derecho idéntico al de los trabajadores a tiempo completo comparables existentes en la empresa o bien aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de conceder el permiso por lactancia y para dirimirlo hay que tener en cuenta la finalidad perseguida por el mismo. Por ello, no se debe discriminar a estos trabajadores por la menor duración de la jornada por lo que disfrutarán de una hora de ausencia del trabajo o de la reducción de la jornada en media hora al igual que los trabajadores con jornada completa.

En este sentido es destacable que el artículo 37.4 ET reconoce el derecho al permiso por lactancia cuando concurren unas circunstancias concretas: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento por lo que el derecho no se concederá en el supuesto de otros vínculos familiares que no sea el de los padres del menor como sucedería en el caso de los abuelos, aunque tengan cierta analogía².

¹ En este sentido, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de diciembre de 2008, que señala que no procede el disfrute del permiso por lactancia coincidente con la suspensión del contrato del cónyuge por excedencia.

² C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia*, en

Y es que, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, el permiso por lactancia se considera un «derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres», por lo tanto, cualquiera de los dos puede ejercitarlo, limitado a uno de ellos cuando ambos trabajen. Asimismo, cabría la posibilidad de que durante su disfrute cambie el titular del mismo siempre que no se actúe de mala fe y se preavise a los empresarios afectados³. Pero en todo caso, es preciso señalar que como recoge el TSJ Castilla La Mancha de 25 de marzo de 1999, no es posible solicitar el permiso en cuestión por uno de los padres, si el otro no trabaja⁴, porque la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores, exigiendo exclusivamente la Ley que los dos sean trabajadores, siendo evidente que esta cualidad la ostenta aquel que trabaja por cuenta ajena pero igualmente el que lo hace por cuenta propia.

No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Por ello, aunque la determinación del periodo de disfrute del permiso corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, los convenios colectivos pueden establecer los criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades de producción y organización de la empresa.

Solo en algunas ocasiones resulta compatible el permiso por maternidad con el permiso por lactancia. Si el padre disfruta de parte del permiso por maternidad será la madre la que podrá disfrutar del permiso por lactancia. Una situación parecida se da en el supuesto de excedencia por cuidado de hijo ya que el padre o la madre puede disfrutar de la excedencia y cualquiera de los dos del permiso por lactancia.

Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que el permiso por lactancia admite varias formas de ejercicio alternativo, pudiendo: a) sustituir el derecho a ausentarse durante una hora cada día, por una reducción de jornada en media hora, o b) acumularlo en jornadas completas. Aunque, como recoge la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2009 «la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho». Ya

Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2018, n. 213, 24.

³ R. POQUET CATALÁ, *El permiso de lactancia tras las últimas reformas*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 4.

⁴ En este sentido, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de diciembre de 2008 y de 12 de julio de 2012.

que como establece la sentencia del TS de 19 de abril de 2018 «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».

Conforme al artículo 37.4 ET tres son las modalidades de disfrute del derecho: ausencia del trabajo, reducción de jornada o acumulación del descanso. El trabajador debe elegir una de ellas y comunicarlo al empresario para que este pueda reorganizar su empresa.

Es destacable que la ausencia de una hora puede dividirse en dos fracciones que no tienen por qué ser de la misma duración aunque su cómputo total debe equivaler a la misma. Por ello, el trabajador podrá salir de trabajar antes o entrar más tarde.

La reducción se realiza sobre la jornada efectivamente realizada, no sobre la jornada ordinaria desarrollada en la empresa. Aunque la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. En este caso, como señala la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2009 «ese incremento no se aplica a la acumulación, que ni siquiera es necesaria en el esquema legal, pues el 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 aquella».

Y es que, el ejercicio del derecho no se somete en el artículo 37.4 ET a un específico procedimiento, pero exige, preavisar y justificar la ausencia durante este periodo de tiempo. Con ello se pretende limitar en lo posible el perjuicio empresarial al prescindir de uno de sus trabajadores y certificar la pertinencia de la ausencia por el disfrute del permiso por lactancia.

Por ello, se exigirá una especial diligencia al trabajador para que notifique con la suficiente antelación el momento en que va a empezar a disfrutar del permiso. No obstante, la necesidad de preavisar a la empresa no implica que deba obtenerse una autorización al efecto por parte de la misma, de tal manera que, sin la posterior justificación, dicha ausencia constituiría un incumplimiento contractual ya que debe tenerse en cuenta que si aun existiendo la causa, la ausencia no se justifica debidamente, sería una ausencia injustificada con todas las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

Pero si es la empresa la que incumplió lo pactado en convenio

provocando de forma directa un menoscabo en la vida personal y familiar del trabajador se debe abonar al mismo una indemnización por daños y perjuicios en la que se incluirán los daños morales tal y como recoge la sentencia del TSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2010.

3. La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018

La sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2018 tiene una incuestionable relevancia ya que en ella se determina 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, por cuanto obstaculiza 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 ET. Y es que, en la práctica le obliga a disfrutar exclusivamente las dieciséis semanas de suspensión, cerrando la posibilidad de que el padre disfrute su permiso de lactancia, tras la conclusión de su permiso de paternidad.

Como indica la sentencia, la política empresarial descrita supone que los padres podrán disfrutar de menos días de permiso de lactancia, lo cual provoca objetivamente 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 CE.

La relevancia de esta sentencia radica en que el permiso por lactancia no puede solicitarse por un progenitor cuando ya está disfrutando del permiso de maternidad o paternidad, pero cuando recae sobre distintas personas, distintos progenitores, no hay incompatibilidad alguna. La finalidad es que ambos puedan cuidar simultáneamente de su hijo en los primeros meses de vida, y limitarlo sólo a las mujeres supone una manifiesta discriminación por razón de sexo.

Por ello, la Audiencia Nacional estima la demanda de conflicto colectivo y declara el derecho de los trabajadores varones a disfrutar del permiso de lactancia de forma simultánea con su mujer en permiso de maternidad hasta que el hijo tenga un año de edad.

4. Bibliografía

GONZÁLEZ VELASCO J., VIVES USANO M.P., *El permiso por lactancia: ¿es acumulable o no?*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2005, n. 271

POQUET CATALÁ R., *El permiso de lactancia tras las últimas reformas*, en *Actualidad Laboral*, 2014, n. 4

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *El permiso por lactancia: dificultades para el disfrute paterno* (comentario a la STSJ Canarias/Las Palmas 22 septiembre 2003), en *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2004, n. 255

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *El permiso por lactancia a la luz de la reciente jurisprudencia*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 213

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo