

Comentario Laboral

Los permisos por lactancia:
Un nuevo derecho para los padres que surge de una Sentencia de la
Audiencia Nacional

23 de octubre de 2018

La resolución dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el pasado 19 de julio de 2018, en relación con el eventual derecho de los padres a disfrutar de forma acumulada de un permiso por lactancia mientras las madres están en situación de suspensión del contrato por maternidad, dependiendo de su evolución judicial, podría tener gran calado porque se estaría hablando de varias jornadas de permiso retribuido acumulado por lactancia

El derecho básico que se reconoce en el artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores (ET) a las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de 9 meses, es el ausentarse del trabajo durante una hora al día, que pueden dividir en dos fracciones. Este derecho admite dos formas de ejercicio alternativo pudiéndose: a) sustituirlo (el derecho a ausentarse durante una hora cada día) por una reducción de jornada en media hora, o b) acumularlo (el mismo derecho), en jornadas completas.

Cuando el trabajador o trabajadora opta por esta segunda alternativa de ejercicio del derecho, la acumulación por jornadas completas ha de referirse a cada hora diaria de ausencia al trabajo a que, con carácter general, se tiene derecho.

Así, la lactancia acumulada tiene como presupuesto el derecho a ausentarse del trabajo una hora, es decir, tiene como base el derecho a la "*hora de ausencia al trabajo*" a la que se refiere el precepto. Si la trabajadora opta por la posibilidad de disfrutar de la lactancia acumulada, podrá la norma convencional aplicable establecer la forma, requisitos o la duración de ese derecho.

Por otro lado, es comúnmente aceptado que el ejercicio de este derecho lo vienen utilizando en gran medida las trabajadoras, por lo que no es un desatino pensar que si el alcance del beneficio es hasta que el hijo cumpla 9 meses, teniendo en cuenta que la madre, tras el parto suele estar 16 semanas con el contrato de trabajo suspendido, en la práctica el derecho solo se ejercita tras su reincorporación a la empresa, exclusivamente durante los restantes 5 meses.

Ciertamente la trabajadora puede optar por disfrutar de una suspensión del contrato de tan solo 6 semanas inmediatamente posteriores al parto (mínimo obligatorio, art. 48.4 ET), en cuyo caso, el ejercicio del derecho al permiso por lactancia tendría mayor recorrido temporal para las madres.

Centrándonos, sin embargo, en la realidad práctica de la utilización del derecho, es lo cierto que con carácter general se puede aseverar que el permiso por lactancia se inicia por las trabajadoras tras las 16 semanas de descanso posterior al parto, por lo que "*de facto se pierden*" 4 meses del permiso, para quedar reducidos a 5 meses.

Así han venido siendo las cosas hasta que se ha publicitado la **Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 19 de julio de 2018** (Asunto CLH) al reconocer el "*derecho de los padres al disfrute acumulado del permiso por lactancia mientras las madres están disfrutando la suspensión de sus contratos por maternidad*".



¿Cuáles han sido los razonamientos de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional?

1º.- La incompatibilidad afecta únicamente al ejercicio simultáneo de ambos derechos por el mismo progenitor, pero no afecta en absoluto, cuando uno de ellos tiene suspendido su contrato por el ejercicio del derecho de maternidad y/o paternidad y el otro reclama el disfrute del permiso de lactancia, no existiendo razón alguna para defender una interpretación restrictiva no querida por el legislador.

2º.- La negativa empresarial a reconocer el permiso de lactancia a los padres, aunque hayan concluido su permiso por paternidad, hasta la 16ª 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 del ET, puesto que le obliga, en la práctica, a disfrutar exclusivamente las 16 semanas de suspensión, cerrando la posibilidad de que el padre disfrute su permiso de lactancia, tras la conclusión de su permiso de paternidad, lo cual comporta que la opción legítima, amparada legalmente, de que ambos cónyuges puedan cuidar conjuntamente a sus hijos en un periodo muy complejo y exigente de su vida, quede limitado injustificadamente.

3º.- Una política empresarial contraria al ejercicio del derecho supone, en la práctica, que los padres podrán disfrutar de menos días de permiso de lactancia, lo que provoca objetivamente un efecto disuasorio para el ejercicio del derecho, entre cuyas finalidades está 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.

¿Cómo se traduciría en la práctica el ejercicio continuado del permiso por lactancia, en el caso concreto de que primero fuese ejercitado por el padre y luego por la madre? Un sencillo ejemplo lo puede aclarar:

a.- Nacimiento hijo: 31 diciembre 2017.

b.- **Maternidad** 16 semanas (art. 48.4 ET): vence la suspensión del contrato de trabajo en la semana del 16 al 22 de abril.

c.- Luego el permiso de lactancia por la madre comenzaría tras el término de la suspensión, es decir, desde el lunes 23 abril hasta el 30 septiembre 2018 (+ - 5 meses).

d.- **Paternidad** 2 días permiso (art. 37.3.b ET): 1 y 2 enero 2018. Más 5 semanas suspensión (art. 48.7 ET): vence miércoles 7 febrero.

Con la nueva doctrina sentada por la Audiencia Nacional el derecho del padre al permiso lactancia comprendería desde el 8 febrero hasta el 22 de abril; para acto seguido, tras la suspensión de las 16 semanas de maternidad, acceder la madre al permiso (desde 23 abril a 30 septiembre).

Si se confirma el pronunciamiento de la AN y adquiere firmeza la sentencia objeto de los presentes comentarios, como en tantas ocasiones sucede, una nueva interpretación de una norma, sienta derechos que hasta la fecha no habrían sido ejercitados en la práctica.

En este orden de cosas cabe preguntarse partiendo de que el derecho al permiso por lactancia en la práctica del tejido empresarial se disfruta acumulándolo en jornadas completas calculadas sobre la hora de ausencia (no sobre la otra opción de sustitución por media hora de reducción de jornada [STS en UD 19-4-2018; RCU 1286/2016]) **¿Cuáles serán las repercusiones económicas para la empresa?**

En principio la regulación del Convenio Colectivo de aplicación debería resolver la incógnita de los días laborables de sustitución acumulada al ejercicio del derecho. Sin embargo, la regulación actual de los textos convencionales solo hace referencia a la acumulación por los 5 meses siguientes al término de la suspensión de 16 semanas de maternidad, barajándose distintos días (desde 10 días laborables consecutivos, 11 o 12, etc.). No se ha previsto los actuales casi 3 meses que un padre puede disfrutar antes de que la madre inicie el ejercicio del permiso por lactancia.

Hasta en tanto en cuanto se regule la traducción en Convenio Colectivo de esos casi 3 meses de permiso por lactancia que pueden disfrutar los padres, habrá que contar el número de días laborables que hay entre la fecha en que el padre pide el permiso acumulado (tras el término de la suspensión del contrato por paternidad) y la fecha en que la madre haga uso del derecho, acumulándose 1 hora cada día, y luego esas horas se sumarán hasta ver a cuantas jornadas de trabajo equivalen.

Siguiendo el ejemplo antes expuesto, con un permiso que para el padre abarcarse desde el 8 de febrero hasta el 22 de abril de 2018 (y con una jornada laboral de lunes a viernes) se totalizarían 51 días laborables (s.e.u.o.), o lo que es lo mismo 6,375 días laborables continuados de permiso por lactancia. Habrá que esperar a conocer los posicionamientos de los distintos agentes y operadores en relación con la presente resolución para ver su desarrollo y especialmente su evolución judicial en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Sin embargo, no parece descabellado pensar que, a corto plazo, podría asistirse por parte de padres trabajadores a la solicitud de acumulación del permiso por lactancia en el periodo que abarca desde el término de su suspensión del contrato por paternidad hasta la fecha de reincorporación de la madre tras el fin de su periodo de maternidad. La cuestión no es baladí, puesto que se estaría hablando nada menos que de 7 días laborables de permiso retribuido acumulado por lactancia.

Para más información, puede contactar con:

[Alfredo Aspra](#)

alfredo.aspra@AndersenTaxLegal.es

[José Antonio Sanfulgencio](#)

jose.sanfulgencio@AndersenTaxLegal.es