

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 124/2018 de 19 Jul. 2018, Rec. 144/2018

Ponente: Bodas Martín, Ricardo.

Nº de Sentencia: 124/2018

Nº de Recurso: 144/2018

Jurisdicción: SOCIAL

El padre puede simultanear el permiso de lactancia con la baja de maternidad de la madre

PERMISO DE LACTANCIA. El padre puede disfrutarlo desde que concluye su permiso de paternidad, aunque la madre aún esté de permiso de maternidad. Es decir, el permiso de lactancia no puede solicitarse por un progenitor cuando ya está disfrutando del permiso de maternidad o paternidad, pero cuando recae sobre distintas personas, en este caso, 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.

La AN 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.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00124/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia

D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 124/2018

Fecha de Juicio: 17/7/2018 a las 10:30

Fecha Sentencia: 19/07/2018

Tipo y núm. Procedimiento: CONFLICTOS COLECTIVOS 0000144 /2018

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente: RICARDO BODAS MARTÍN

Demandantes: FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA), CGT, CC.OO. INDUSTRIA

Demandado: COMPAÑIA LOGISTICA DE HIDROCARBUROS (CLH SA)

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-

GOYA 14 (MADRID)

Tfno: 914007258

Equipo/usuario: MMM

NIG: 28079 24 4 2018 0000157

Modelo: ANS105 SENTENCIA

CCO CONFLICTOS COLECTIVOS 0000144 /2018

Procedimiento de origen: /

Sobre: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr.: RICARDO BODAS MARTÍN

SENTENCIA 124/2018

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. EMILIA RUIZ JARABO QUEMADA

D. RAMÓN GALLO LLANOS

En MADRID, a diecinueve de julio de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento CONFLICTOS COLECTIVOS 0000144/2018 seguido por demanda de FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA) (con representación Cristobal), CGT (Letrado D. Miguel Ángel Garrido Palacios), CC.OO. INDUSTRIA (Letrado D. José Manuel Salvador González) contra COMPAÑIA LOGISTICA DE HIDROCARBUROS (CLH SA) (con representación Edemiro) sobre CONFLICTO COLECTIVO. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 31 de mayo de 2018 se presentó demanda por FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (UGT-FICA) contra COMPAÑIA LOGISTICA DE HIDROCARBUROS (CLH SA), CC.OO INDUSTRIA , CGT sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 17/7/2018 a las 10:30 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto de juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La FEDERACIÓN DE INDUSTRIA, CONSTRUCCIÓN Y AGRO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT desde

aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende se declare el derecho del permiso de lactancia de forma acumulada por parte de los trabajadores varones de CLH, 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.

Apoyó su pretensión en lo dispuesto en el art. 36, i) del convenio de empresa, que mejora el régimen de licencias, contenido en el art. 37.4 ET, puesto que amplía el tiempo de acumulación del permiso de lactancia a un año.

Sostuvo, por otro lado, que la acumulación de la licencia de lactancia se predica de los días de trabajo e informó que la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado ha ampliado el permiso de paternidad, regulado en el art. 48.7 ET, a cinco semanas, precisando, que la quinta semana puede disfrutarse al margen de las otras cuatro.

Denunció que la empresa demandada impone unilateralmente que los trabajadores, que deciden acumular la licencia por lactancia, comiencen a disfrutarla a partir de la finalización de la décimo sexta semana del permiso por maternidad, lo cual no se acomoda a derecho, por cuanto la licencia acumulada por lactancia, decidida por el padre, debe activarse al finalizar su permiso por paternidad.

Mantuvo, en todo caso, que la medida empresarial constituye una discriminación indirecta, puesto que impide que los padres se corresponsabilicen del cuidado de los hijos.

CGT y CCOO se adhirieron a la demanda.

COMPAÑÍA LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS, SA (CLH desde ahora) se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que el convenio no regula el dies a quo para el ejercicio del derecho.

Informó, por otro lado, que en la empresa se ha disfrutado siempre el derecho desde la finalización del permiso por maternidad, sin que se haya producido ningún tipo de controversia.

Defendió, que la licencia por lactancia es incompatible con el permiso por maternidad y/o paternidad, como no podría ser de otro modo, puesto que su finalidad es asegurar el cuidado del menor.

Defendió, del mismo modo, que el período de disfrute del derecho no puede quedar al arbitrio de ninguna de las partes.

Informó, que la empresa concede el derecho de común acuerdo con los trabajadores, del modo más generoso posible, a tal punto que la última licencia por lactancia supuso un período de tres meses sin trabajar.

Sostuvo, por otro lado, que la empresa concede el derecho a los trabajadores, aunque sus esposas no disfruten el permiso por maternidad, aplicando, a estos efectos, la doctrina TJUE 30-09-2010, C-109/09 y negó, por tanto, que concurra ningún tipo de discriminación o trato peyorativo por razón de género.

El MINISTERIO FISCAL mantuvo que los trabajadores, que acumulen la licencia por lactancia, tienen derecho a que el derecho se active desde que concluya su permiso por paternidad.

Quinto.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos Controvertidos:

-La empresa ha venido concediendo el derecho a los padres al finalizar el permiso de maternidad sin controversia hasta ahora.

-La empresa concede este derecho mediante acuerdos individuales, permitiendo acumulaciones. La última ha dado pie a disfrute de 3 meses.

Hechos Pacíficos:

-El convenio no concreta el dies a quo en que se activa el derecho.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- UGT y CCOO ostentan la condición de sindicatos más representativos a nivel estatal y acreditan

implantación suficiente en la empresa CLH.- CGT es un sindicato de ámbito estatal, implantado debidamente en CLH.

SEGUNDO.- CLH regula sus relaciones laborales por su convenio colectivo de empresa, publicado en el BOE de 28-02-2018, suscrito por la empresa y las secciones sindicales de UGT, CCOO y CGT.

TERCERO.- Cuando los trabajadores, una vez concluido su permiso por paternidad, solicitan la licencia acumulada por lactancia, la empresa les impone que comiencen a disfrutarla a partir de la finalización de la semana décimo sexta.

CUARTO.- La mayoría de trabajadores en la empresa son varones.

QUINTO.- El 18-05-2018 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 , 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio , del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 97 , 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a.- El primero es pacífico.

b.- El segundo del BOE mencionado.

c.- El tercero no fue controvertido, sin que podamos precisar desde cuando se impuso dicha decisión, ni su aceptación por los trabajadores, ni su instrumentación mediante acuerdos individuales, ni la mayor o menor generosidad en su concesión, por cuanto la carga de la prueba de estos extremos competía a la empresa demandada, a tenor con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC , quien no practicó prueba alguna al respecto.

d.- El cuarto es pacífico.

e.- El quinto de la papeleta de mediación, que obra como documento 2 de UGT (descripción 3 de autos), que fue reconocido de contrario.

TERCERO.- El art. 37.4 ET , que regula el permiso por lactancia, dice lo siguiente:

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 .

Dicha regulación, como recuerda la STS 19-04-2018, recud. 1286/16 , ha sufrido varias modificaciones hasta llegar a la versión actual, tratándose de una norma de derecho necesario relativo, que puede mejorarse convencionalmente, como subraya la sentencia referida.

Como vemos, el permiso de lactancia se predica de los trabajadores, afectados por el hecho causante - nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.d ET - quienes podrán, desde que se actualicen las circunstancias reseñadas hasta que el menor cumpla los nueve meses, ausentarse una hora del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, incrementándose, en su caso, en los supuestos múltiples, o sustituir ese derecho por una reducción de media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas, si bien en los términos definidos por la negociación colectiva o en acuerdos individuales, siempre que respeten lo establecido colectivamente.

La sentencia, mencionada más arriba, ha precisado 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/a tendrá derecho a acumular una hora diaria en los nueve meses desde el nacimiento del menor.

El precepto se cierra con un reconocimiento del permiso, que se identifica con un derecho individual de los trabajadores, ya sean hombres y mujeres y una limitación, según la cual solo podrá ejercerse por uno de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.- Es claro, por tanto, que los progenitores podrán disfrutar del permiso en cualquiera de sus manifestaciones hasta que el menor cumpla los nueve meses, lo cual permite su disfrute sucesivo, pero no simultáneo.

El art. 36, i) del convenio colectivo de la empresa, que regula el período de descanso laboral, previsto en el art. 48.4 ET , así como el permiso de lactancia, dice lo siguiente:

En los supuestos de parto, se tendrá derecho a un período de descanso laboral en los términos y condiciones establecidos en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores .

Asimismo, se tendrá derecho a una pausa de una hora de trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, cuando se destine a lactancia de un hijo menor de un año. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal, bien al principio o al final de la misma. Este derecho podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre, en el caso que ambos trabajen.

Se reconoce el derecho específico al disfrute del permiso de lactancia de forma acumulada por parte de los trabajadores y trabajadoras de CLH .

La regulación convencional mejora parcialmente la regulación legal del permiso de lactancia, puesto que lo amplía hasta que el menor cumpla un año, pero predica únicamente para la mujer el derecho a sustituir la pausa de una hora, fraccionable en dos partes, por una reducción de la jornada normal, bien al principio o al final de la misma, si bien extiende el derecho a los padres, siempre que ambos trabajen.- Reconoce, a continuación, como derecho específico, el disfrute acumulado el permiso de lactancia por parte de trabajadores y trabajadoras de CLH.

Conviene advertir aquí, aunque no es decisivo para la resolución del litigio, que el TJUE en sentencia de 30-09-2010, C-104/09 , 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 .

Dicho pronunciamiento se tuvo en cuenta para la nueva regulación legal del permiso, contenida en el art. 37.4 ET , 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.

CUARTO.- 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.

CLH se opone a dicha pretensión, por cuanto el derecho puede ejercerse únicamente a partir de la conclusión de la décima sexta semana del permiso de maternidad.- Apoya su pretensión en la incompatibilidad entre los permisos de maternidad o paternidad y el permiso de lactancia y también en razones finalistas, puesto 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 resolución de la controversia requiere reproducir los apartados 4 a 7 del art. 48 ET , que dicen lo siguiente:

4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se

distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el apartado 7.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

5. En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión, previsto para cada caso en este apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

6. En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados 4 y 5 o de las que correspondan en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado, en situación de guarda con fines de adopción o acogido, la suspensión del contrato a que se refieren los citados apartados tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este periodo adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

Los periodos a los que se refieren dichos apartados podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

7. En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cinco semanas,

ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá iniciar su disfrute durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por las causas establecidas en los apartados 4 y 5 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

El período de suspensión será ininterrumpido salvo la última semana del período total a que se tenga derecho, que, previo acuerdo entre empresario y trabajador, podrá disfrutarse de forma independiente en otro momento dentro de los nueve meses siguientes a la fecha de nacimiento del hijo, la resolución judicial o la decisión administrativa a las que se refiere el párrafo anterior. Dicho acuerdo se adoptará al inicio del período de suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. En todo caso, el régimen de jornada será el mismo para todo el período de suspensión incluido, en su caso, el de disfrute independiente a que se refiere el párrafo anterior.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos .

El precepto examinado está en la Sección 3ª del Capítulo III ET, titulada "Suspensión del contrato".- Consiguientemente, los permisos de maternidad y/o paternidad se ejercen mediante la suspensión de los contratos en los períodos indicados en la norma.

Así pues, cuando se ejerciten dichos derechos no podrá disfrutarse el permiso de lactancia, que solo puede disfrutarse en período de trabajo, al igual que los demás permisos retribuidos, regulados en el art. 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 suspendido.

Debemos despejar, a continuación, si el disfrute del permiso de maternidad por la madre impide que el padre disfrute el permiso por lactancia, como defiende la empresa demandada o, por el contrario, el padre puede disfrutarlo desde que concluya su permiso de paternidad, como mantienen los demandantes.

El permiso de maternidad o de parto, regulado en art. 48.4 ET , se predica de la madre, quien tiene derecho a disfrutarlo durante dieciséis semanas, ampliables en los partos múltiples. Su disfrute se distribuirá libremente por la interesada, siempre que seis semanas se disfruten después del parto, lo que se constituye en obligación indisponible.- Ahora bien, la madre puede optar, en el caso de que ambos progenitores trabajen, respetando siempre el disfrute de las seis semanas post parto, que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, previéndose, incluso, que el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encuentre en situación de incapacidad temporal.- Dichas previsiones revelan claramente, a nuestro juicio, que *el legislador ha querido facilitar que, hasta diez de las dieciséis semanas, reconocidas a la madre, cuando no se hayan disfrutado antes del parto, puedan disfrutarse por el otro progenitor, ya sea de forma sucesiva o simultánea con el de la madre, siempre que no se superen las dieciséis semanas, equiparando, de este modo, a los padres en los roles del cuidado de hijos, que se asumían tradicionalmente por las mujeres con los consiguientes costes y perjuicios profesionales derivados de largas ausencias en el trabajo.*

Sucede lo mismo con los supuestos de hecho, contemplados en el art. 48.5 ET , en el que se precisa que, en caso de

que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados, acreditando, de este modo, que el legislador quiere equiparar a ambos cónyuges en el ejercicio de esos derechos.

El permiso de paternidad, regulado en el art. 48.7 ET, 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.

Llegados aquí, estamos en condiciones de responder al interrogante, anunciado más arriba, en el sentido de descartar que los padres no puedan disfrutar acumuladamente el permiso de lactancia, si las madres están disfrutando la suspensión de sus contratos por maternidad.- Es así, aunque el permiso de lactancia, como anticipamos más arriba, no sea compatible con la suspensión del contrato por maternidad o paternidad, por cuanto dicha 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.

Mantenemos dicha conclusión, porque 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 TJUE en 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.

Su ejercicio debe efectuarse necesariamente durante el tiempo de trabajo del cónyuge que lo solicite y no es incompatible con la suspensión del contrato del otro cónyuge por el disfrute del permiso de maternidad, porque *no hay ninguna disposición legal que lo impida*, no existiendo, por tanto, razón alguna para apoyar una interpretación restrictiva no querida por el legislador.- Por lo demás, el hecho de que ambos permisos, maternidad y lactancia, compartan, entre sus finalidades, la protección y cuidado del menor, no significa, en absoluto, que el ejercicio de la suspensión del contrato, derivado del permiso por maternidad, impida al otro cónyuge acumular el permiso de lactancia, por cuanto el art. 37.4 ET y el art. 36.i) del convenio no lo limitan en absoluto, *siendo perfectamente legítimo, que ambos cónyuges decidan simultanear ambos derechos, con la finalidad de cuidar conjuntamente al menor en los primeros días de su existencia, al igual que es legalmente posible, que padre y madre simultaneen parte sustancial del permiso de maternidad*, como razonamos más arriba, si quieren asumir conjuntamente el cuidado de sus hijos en los momentos ya citados.

Por otra parte, 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 art. 48.4 ET, puesto que le obliga, en la práctica, 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, lo cual comporta que la opción legítima, amparada legalmente, de que ambos cónyuges puedan cuidar conjuntamente a sus hijos en un período muy complejo y exigente de su vida, quede limitado injustificadamente.

Finalmente, la política empresarial descrita supone, en la práctica, 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 art. 14 CE.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Estimamos la demanda de conflicto colectivo, promovida por UGT, a la que se adhirieron CCOO y CGT, por lo que

declaramos 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 y en consecuencia condenamos a CLH a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0144 18; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0144 18, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.