



# LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LA MATERNIDAD: ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo*  
Universidad de León

## EXTRACTO

La suspensión contractual por maternidad constituye uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que ésta disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto. Es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del art. 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo, llegando a demostrar —así se desprende de su letra— que no le importa, en absoluto, a efectos de adquirir el derecho, ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo cobertura tanto a padres o —mejor— madres solteros como a hijos matrimoniales o extramatrimoniales, biológicos o adoptivos. Ahora bien, pese a las novedades legislativas de los últimos años, no cabe desconocer que el diseño actual de la protección por maternidad adolece de ciertas deficiencias, sobre todo en lo que afecta a la preferencia indiscutible por la madre para el disfrute del permiso cuando de filiación biológica se trata. Deviene necesario, por ende, reconocer un «permiso de paternidad» de titularidad masculina, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y remunerado, pues con ello se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos.

## ÍNDICE

1. LA MUJER COMO MADRE REAL O POTENCIAL Y PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES
2. LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: AVANCES Y RETROCESOS
3. EL DISEÑO SEXISTA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTO Y SUPUESTOS ASIMILADOS
  - 3.1. Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica
    - 3.1.1. Extensión temporal de la situación protegida
      - A. Distribución del período de disfrute
      - B. Disfrute anticipado
      - C. Parto múltiple
      - D. Parto frustrado
      - E. Parto prematuro
      - F. Enfermedades anteriores o posteriores al parto
      - G. Aborto o interrupción irregular del embarazo
      - H. Disfrute de vacaciones
      - I. Otras circunstancias a considerar
    - 3.1.2. Titularidad del derecho
      - A. La opción en favor del disfrute paterno
      - B. Fallecimiento de la madre
    - 3.1.3. Modalidades de ejercicio de la suspensión. En especial, el disfrute a tiempo parcial
  - 3.2. Suspensión por filiación no biológica
    - 3.2.1. Ámbito de aplicación: la exclusión del acogimiento simple
    - 3.2.2. Sujeto causante
    - 3.2.3. Extensión temporal
    - 3.2.4. Distribución del período de asueto
4. REFLEXIÓN FINAL: LA NECESARIA INTRODUCCIÓN DE UN PERMISO POR «PATERNIDAD»

## 1. LA MUJER COMO MADRE REAL O POTENCIAL Y PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Cierto es que el protagonismo principal en cuanto a la atención de las tareas domésticas y al cuidado de familiares ha correspondido mayoritariamente a las mujeres<sup>1</sup>, pues, en un reparto de papeles clásico, el hombre era el encargado de trabajar fuera de casa y traer el oportuno sustento económico (se ocupaba, por tanto, de las denominadas «tareas productivas»), mientras que la mujer se dedicaba al cuidado del hogar y de la familia (preocupándose de las calificadas como «tareas reproductivas»)<sup>2</sup>. No menos cierto

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia», *RL*, núm. 14, 2000, pág. 4.

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 11, 1998, pág. 2.



resulta tampoco que la consolidación de este modelo social de organización del trabajo supuso, como consecuencia añadida, la implantación de un sistema «en el que el hombre prácticamente se desentendía de cualquier tipo de obligación familiar y, de asumir alguna, lo hacía en clave intensamente subalterna, de ayuda “generosa”, siempre subordinada a lo que le permitieran sus “deberes” de carácter profesional»<sup>3</sup>.

Esta concepción tradicional parece estar, sin embargo, en proceso de crisis, debido, principalmente, al acceso de la calificada, por algunos sectores, «clase débil» al trabajo fuera de la sede doméstica, lo cual ha coadyuvado, sin duda, al desencadenamiento progresivo de una verdadera «revolución sociofamiliar», cuyo alcance se deja traslucir ciertamente a partir del resquebrajamiento de la familia nuclear y la consiguiente emergencia de nuevas formas de estructura familiar<sup>4</sup>. Se observa, así, un alejamiento del modelo tradicional de «matrimonio con hijos» hacia formas domésticas más pequeñas y más cambiantes, tales como parejas sin descendencia, personas solteras y familias monoparentales, consecuencia de la fragilidad de la familia biparental por el aumento contemporáneo de las separaciones y divorcios. Junto a ello, la mayor esperanza de vida ha hecho que coincidan dos o tres generaciones y que esto sea cada vez más habitual, sin olvidar tampoco el incremento de las «familias extensas», fruto de las uniones entre varones y mujeres divorciados que dan lugar a una amplia red de los denominados «hermanastros políticos»<sup>5</sup>.

Tales circunstancias han facilitado una evolución paralela en lo que se ha venido a calificar como «revolución silenciosa dentro de los muros del espacio doméstico»<sup>6</sup>, caracterizada por un cambio en el papel económico de la mujer, en la autoridad y en las relaciones de poder entre los miembros de la familia, a la vez que por un tímido compromiso del padre en el cuidado de los hijos; esta revolución, empero, no se ha hecho extensiva ni ha alcanzado en igual medida a la redistribución de las tareas domésticas entre los miembros de la unidad familiar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian —todavía al día de hoy— sus trabajos

<sup>3</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 71.

<sup>4</sup> MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid (Acento), 1999, pág. 9.

<sup>5</sup> ALBERDI ALONSO, I. et alii: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid (MTAS), 1995, pág. 472 ó BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J.: «Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional», en VV.AA (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 19.

<sup>6</sup> MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, cit., pág. 9

«reproductivo» y «productivo», actuando los hombres únicamente de forma supletoria<sup>7</sup>.

Así las cosas, el principal perjudicado por esta falta de coherencia no ha sido sólo, pese a lo que pudiera creerse, el colectivo femenino que trabaja y atiende, por añadidura, las necesidades familiares y de los hijos, sino que el desequilibrio de la balanza ha calado, sobre todo, en la propia concepción de la familia y su pretérito modelo. El reconocimiento tardío de un nuevo sistema social no masculinizado ha ocasionado, pues, un freno a la familia como institución y, también, a las nuevas responsabilidades familiares que de la misma derivan para los miembros de aquélla<sup>8</sup>. Es por ello por lo que, desde el Derecho Laboral, dotado de un marcado carácter tuitivo o compensador, se han empezado a articular mecanismos jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo, fuera del hogar, con aquel que tradicionalmente ha sido asignado a la mujer, llevado a cabo en el entorno familiar. Para cumplir tal objetivo son numerosas las normas legales que se han encargado de regular cuestiones como el descanso por maternidad, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por la misma razón, las prestaciones de Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos por estas causas, etc. En definitiva, todas estas normas abogan por conseguir (otra cosa es que su diseño no sea demasiado afortunado) la tan necesaria igualdad entre hombres y mujeres, de la que nuestro ordenamiento jurídico tantas veces se ha echo eco, siendo el Derecho del Trabajo un claro exponente en esta lucha, no en vano la corresponsabilidad entre varones y féminas en la atención de la familia ha de ser el punto de partida de las políticas públicas de protección familiar dentro de un modelo social fundado en la igualdad de trato y de oportunidades<sup>9</sup>.

## 2. LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: AVANCES Y RETROCESOS

Aun cuando el proceso de incorporación de mujeres al mundo laboral ha ido en ascenso, «esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el

<sup>7</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», *TL*, núm. 67, 2002, pág. 69.

<sup>8</sup> MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 15.

<sup>9</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., págs. 45 y ss.

empleo»<sup>10</sup>, no en vano «el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo “extraño” para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a “su” trabajo»<sup>11</sup>.

Efectivamente, la maternidad y sus derivadas laborales son vistas por muchas empresas como un problema para la producción y para el desempeño profesional de un puesto de trabajo o como un obstáculo lleno de inconvenientes que repercute en el acceso al empleo de las mujeres y en el desarrollo de su currículum y de su promoción profesional<sup>12</sup>. De entrada, «el período de gestación viene considerándose con frecuencia como una verdadera carga que al empresariado psicológica y económicamente le cuesta asumir y, sobre todo, soportar, máxime cuando el período de embarazo presenta dificultades de salud y provoca el obligado absentismo de la trabajadora, lo que unido a las ventajas derivadas de su protección social y laboral como consecuencia del parto (descanso maternal, período de lactancia, reducción de jornada, excedencia, etc.) conduce con frecuencia al rechazo de su contratación en determinados sectores de la producción o, en su caso, a su eliminación transitoria o definitiva del mercado de trabajo»<sup>13</sup>.

Así, habida cuenta la realidad demuestra que existe un alto grado de incomprensión por parte de las organizaciones empresariales por lo que hace a las responsabilidades familiares, consideradas como efectivas cargas adicionales al cumplimiento de las obligaciones laborales<sup>14</sup>, el Derecho del Trabajo siempre ha dedicado alguna atención a la conciliación de la vida laboral y familiar, pero, en un principio, únicamente desde la perspectiva de la protección de la mujer embarazada, «e indirectamente del gestante y del lactante», sin cuestionar la diferencia de roles en función del género dentro de la familia<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

<sup>11</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41.

<sup>12</sup> JAURREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 492.

<sup>13</sup> MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RMTAS*, núm. 19, 1999, pág. 16.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Obligaciones laborales y responsabilidades familiares», *RL*, núm. 17, 1997, pág. 3.

<sup>15</sup> Sin remontarse a antecedentes más lejanos, lo cierto es que la legislación española de las dos últimas décadas ha contemplado diversas reformas legislativas sobre estos temas. Puede citarse, en primer lugar, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre Maternidad e Igualdad de

Más recientemente, se empieza a tomar ya en cuenta, sin embargo, la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares (tanto por ser mujeres como por asumir tareas domésticas), lo cual ha permitido plantear de forma directa la necesidad de diseñar instrumentos normativos que faciliten el trabajo de las personas con responsabilidades en el hogar, en su mayoría mujeres, para hacer compatible en lo posible el trabajo con el cuidado de la familia. Para evitar perpetuar situaciones de desigualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en la carrera profesional, se trata ahora de que esas medidas sean neutras, es decir, se abran por igual, salvo en el supuesto estricto de la maternidad, a hombres y féminas<sup>16</sup>.

Este es el nuevo contexto en el cual fue promulgada la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar (en adelante LCVLF), que introduce una serie de medidas<sup>17</sup>, «de muy diferente signo»<sup>18</sup>, con el fin último de promover más profundamente la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres trabajadores<sup>19</sup>, a saber:

En primer lugar, incrementa y perfecciona los derechos derivados de las circunstancias de embarazo, parto y puerperio, así como los de atención de menores y de mayores que no pueden valerse por sí mismos, a la vez

---

Trato de la Mujer Trabajadora. A continuación, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que mejoró decisivamente el subsidio por maternidad, a la vez que lo desgajó de la —entonces— incapacidad laboral transitoria, y la Ley 4/1995, de 23 de marzo, reguladora del permiso parental y por maternidad, que amplió los derechos del trabajador excedente por cuidado de hijo, bien que con algún recorte en materia de prestaciones familiares de la Seguridad Social. A continuación, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, aproximó parcialmente la maternidad/paternidad adoptiva a la maternidad biológica. Después, el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, fue modificado por el art. 50 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, auténtico precedente sobre permisos para el cuidado de otros familiares distintos de los menores. En fin, el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, introdujo la bonificación del 100 por 100 en la cuota empresarial a la Seguridad Social en el caso del interino que sustituye a los trabajadores con el contrato en suspenso por maternidad, adopción o acogimiento, siempre que el sustituido sea un desempleado demandante de empleo. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», AS, 1999, T. V, págs. 94-95.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *RL*, núm. 17, 1999, pág. 2.

<sup>17</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 1999, pág. 14.

<sup>18</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 11.

<sup>19</sup> Reconociendo el problema que para las mujeres representa compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales, STS 11 mayo 1998 (Ar. 4325).

que introduce una mayor protección contra el despido por el ejercicio de tales derechos. En segundo término, facilita que sea el padre o el familiar varón el que disfrute de los mismos, abundando en la equiparación de sexos y recalando, pedagógicamente, cómo uno y otra pueden hacer uso de las licencias y suspensiones que prevé la Ley. Y, en fin, mejora la acción protectora de la Seguridad Social, en la línea de que sea el sistema público el que asuma ciertos costes, mejor que el empresario o el trabajador o trabajadora que debe atender a sus obligaciones familiares<sup>20</sup>.

Con mayor detalle, dicha norma supone un paso más del legislador en su trayectoria de promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto integrantes de una misma unidad familiar y personas trabajadoras, así como de la compatibilidad entre ambas facetas<sup>21</sup>. El desequilibrio que hasta entonces presentaba la situación del hombre y de la mujer trabajadores tiende a corregirse ahora con la introducción de medidas que pretenden reforzar tanto los derechos de la mujer en el ámbito laboral como los del hombre en el familiar<sup>22</sup>.

Ahora bien, pese a la ambición de globalidad que parece informar el contenido de la Ley y que tiene como principal manifestación el propio título de la norma, no puede decirse que la LCVLF «haya reestructurado el panorama normativo en relación con un tema tan directamente relacionado con la discriminación laboral por razón de sexo como es el de la compatibilización de tareas...: primero, porque el presupuesto fundamental para la conciliación no puede realizarse al margen del reparto de las tareas tradicionalmente femeninas entre hombres y mujeres, y, en tal sentido, la reforma última ha introducido avances muy limitados; y, segundo, porque la reforma se ciñe a positivizar las correcciones necesarias a la normativa anterior, algunas de las cuales ya habían sido apuntadas por la doctrina por medio de interpretaciones extensivas, sin incorporar objetivos nuevos»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *DL*, núm. 61, 2000, págs. 27-28.

<sup>21</sup> En esta idea se inspira también la Ley italiana de 8 de marzo de 2000, núm. 53, *sui congedi parentali, familiari e formativi*. Un estudio sobre la misma en DEL PUNTA, R.: «La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi», *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 2, 2000, págs. 149 y ss. ó GOTTARDI, D.: «Las políticas de conciliación en el ordenamiento jurídico italiano» y SCARPONI, S.: «La conciliación entre vida familiar y profesional en el ordenamiento jurídico italiano. Ordenación interna y adaptación al Derecho Comunitario», ambos en VV.AA (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, págs. 193 y ss. y 203 y ss., respectivamente.

<sup>22</sup> MELLA MÉNDEZ, L.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», *AS*, núm. 21, 2000, pág. 46.

<sup>23</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 9.

Como con acierto se ha señalado, la Ley ni tan siquiera se propone impulsar el reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres<sup>24</sup>, pues aun cuando expresamente reconoce que tiene por objetivo «facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de los hijos», y —aunque la Exposición de Motivos no lo dice— de los restantes miembros de la familia necesitados de dichos cuidados, sobre todo mayores, enfermos o minusválidos», lo cierto es que no impulsa ni incentiva un reparto más equitativo de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares; es decir, «facilita (o tiene por objetivo formal) que la mujer pueda conciliar mejor que antes de su adopción las responsabilidades tradicionalmente asignadas, las familiares, con las que posibilitan su libertad y sus posibilidades de disfrute de los restantes derechos constitucionales en un sistema capitalista de mercado, esto es, las laborales, pero ello no significa en absoluto que quede garantizada la igualdad de oportunidades en el empleo»<sup>25</sup>.

Es más, «la introducción de medidas en orden a permitir una más fácil conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales, aun cuando formalmente se diseñen como neutras, pero que de hecho vayan a ser utilizadas prevalentemente por la mujer, puede desembocar en que sea ésta quien siga desempeñando el rol prevalente de asunción del grueso de responsabilidades familiares, particularmente en situaciones de dedicación más intensa: cuidado de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares que han sufrido un accidente o enfermedad, etc.; situación que a la postre puede fomentar el mantenimiento de una mera incorporación parcial y en cierto modo precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada»<sup>26</sup>. El diseño actual de la protección jurídica de la maternidad da sobradas muestras de este peligro, tal y como se tendrá ocasión de comprobar a lo largo de las páginas siguientes.

### 3. EL DISEÑO SEXISTA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR PARTO Y SUPUESTOS ASIMILADOS

Pese a las novedades legislativas de los últimos años orientadas a hacer real el principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en

<sup>24</sup> Razón por la cual ha sido calificada como una «Ley de contornos bastante limitados». GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 11.

<sup>25</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 43.

<sup>26</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 74.



el acceso al mercado laboral, no cabe desconocer que el grupo femenino continúa estando desfavorecido, demostrándose, estadísticamente, con mayores dificultades comparativamente con los varones para armonizar la vida familiar y el mantenimiento de sus puestos de trabajo, todo ello lamentablemente favorecido por la pervivencia de viejos prejuicios culturales —aún no superados— según los cuales la mujer estaría mejor preparada para asumir las tareas del cuidado de los hijos y de los restantes miembros de la familia<sup>27</sup>, razón por la cual es preciso idear soluciones sin perder nunca de vista que la maternidad constituye un bien social de enorme importancia. De ello parece ser consciente el ordenamiento jurídico laboral, si bien no faltan algunas cuestiones carentes de solución y ciertos flancos abiertos a la crítica, pues la corresponsabilidad familiar no se debe afrontar como una necesidad de suplir el puesto de las mujeres que están en el mercado de trabajo, sino que se ha de abordar desde claves de igualdad de derechos de hombres y mujeres, trabajen o no<sup>28</sup>.

Bajo la premisa de que la situación de embarazo, parto y postparto, por mor de razones biológicas obvias, es condición exclusiva del sexo femenino, el art. 45 ET contempla como causa de suspensión del contrato (y de aparición del derecho a percibir el subsidio por maternidad de la Seguridad Social, calculado sobre el cien por cien de las bases de cotización, además del derecho a asistencia sanitaria —art. 38.1.a LGSS—) la «maternidad de la mujer trabajadora»<sup>29</sup>, a lo que añade «la adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años»<sup>30</sup>.

El parto, la adopción o el acogimiento son, pues, los hechos que dan lugar al nacimiento de esta especial situación contractual en la que la trabajadora (o el trabajador —ya veremos en qué supuestos—) se encuentran con el «privilegio» de no tener que realizar sus obligaciones laborales recibiendo a cambio, no un salario, pero sí una prestación de la Seguridad Social<sup>31</sup>,

<sup>27</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre», *AL*, núm. 28, 2003, pág. 645.

<sup>28</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., pág. 64.

<sup>29</sup> Criticable redundancia pues «¿qué otra maternidad podría ser?». ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª edición, Madrid (Civitas), 1995, pág. 215.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General del Derecho*, núm. 644, 1998, págs. 5826 y ss. Por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 81 y ss.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», *RTSS (CEF)*, núm. 7, 2002, pág. 81.

siempre y cuando reúna los requisitos necesarios para ello (estar afiliada y en alta o situación asimilada en algún régimen del sistema de Seguridad Social y acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del parto o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial de adopción —art. 133 ter LGSS—)<sup>32</sup>.

Tal previsión aparece desarrollada en el art. 48.4 ET —dentro de la suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo—, mostrando —así se desprende de su letra— «que no le importa en absoluto, a los efectos de adquirir el derecho, ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo —por ende— cobertura tanto a padres o madres solteros como a hijos matrimoniales o extramatrimoniales»<sup>33</sup>.

### 3.1. Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica

La suspensión por maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto<sup>34</sup>. Es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del art. 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo<sup>35</sup>, si bien «tales reformas no empecen un panorama en el que todavía existen evidentes impactos adversos hacia la mujer trabajadora» y madre de familia<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Además, el art. 4.3 del Real Decreto 1251/2001 precisa que tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales como para los trabajadores del régimen especial de empleados de hogar será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, pues éstos son sujetos responsables de la obligación de cotizar y, por tanto, del ingreso de sus propias cuotas. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social de la familia*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2005, págs. 257-258.

<sup>33</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, págs. 37 y 40.

<sup>34</sup> La primera regulación data de la Ley de 13 de marzo de 1900, cuyo art. 9 ya señalaba la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto de tres semanas, regulación que fue ampliada posteriormente, a través del Real Decreto de 21 de agosto de 1923, a seis semanas. ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 83.

<sup>35</sup> Por todos, MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., págs. 67 y ss.

<sup>36</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 61, 2000, pág. 33.



### 3.1.1. *Extensión temporal de la situación protegida*

La duración de la suspensión en el supuesto de parto sigue siendo de dieciséis semanas ininterrumpidas<sup>37</sup>, con independencia de que el alumbramiento sea prematuro o a término siempre y cuando el neonacido sobreviva<sup>38</sup>. A esta regla general, procede efectuar, no obstante, las siguientes consideraciones:

#### A. *Distribución del período de disfrute*

La interesada puede continuar distribuyendo a su gusto el período de disfrute (dieciséis semanas en el supuesto de parto simple) con la única limitación de respetar el requisito de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al alumbramiento<sup>39</sup>. Estas seis semanas se siguen considerando como período de descanso postparto obligatorio, necesario para la recuperación física e incluso psíquica de la madre tras el parto<sup>40</sup>; el resto de semanas o descanso voluntario puede disfrutarlas en su totalidad o parcialmente, como desee, antes o después del parto, siempre que sea de forma ininterrumpida<sup>41</sup> (salvo en supuestos excepcionales tal y como sucede en aquellos casos en que el neonato deba ser hospitalizado después del nacimiento).

El principal problema que plantea el diseño legal de este descanso obligatorio guarda relación directa con la necesidad de que la trabajadora acredite un período de cotización de 180 días en los últimos cinco años anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo para

<sup>37</sup> Sobre la duración del descanso, por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 113 y ss.

<sup>38</sup> MARINI, G.: «Aborto e parto prematuro nella tutela delle lavoratrici madri», *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 1, 1996, págs. 91 y ss.

<sup>39</sup> El descanso de seis semanas tras el parto es obligatorio para la trabajadora, no facultativo. De las razones para la obligatoriedad y el juego del «poder» (*may*) y el «deber» (*must*) en el puerperio, CRIGHTON, W.B.: *Working women and the Law*, Londres (Mansell), 1979, pág. 50.

Como con acierto se ha señalado, en nada contribuye al cambio de roles sociales entre hombres y mujeres que el cuidado de los hijos, en las primeras semanas de vida, siga siendo considerado una responsabilidad propia de la mujer. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general», en VV.AA. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Coord.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 108-109.

<sup>40</sup> SIERRA HERNAIZ, E.: «Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo», *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1236.

<sup>41</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1165.

tener derecho a la correspondiente prestación. Así, en tanto en cuanto la suspensión contractual por maternidad opera independientemente del derecho a la prestación, puede darse el caso de que la trabajadora cuyo contrato está en suspenso por parto no perciba subsidio alguno, por no reunir el período de cotización legalmente exigido<sup>42</sup>. Tratándose del período de descanso voluntario, es opcional para la trabajadora tomarse o no el permiso, a sabiendas de que su merma de salarios no se verá compensada con cargo a la Seguridad Social; menos razonable y justa se presenta tal situación durante el período de descanso obligatorio, configurado como una medida de salud laboral de insoslayable cumplimiento. Por tal razón, el art. 133 ter LGSS tendría que modificarse en el sentido de no exigir a la trabajadora carencia alguna para tener derecho a la prestación por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto<sup>43</sup>, máxime cuando la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, tampoco condiciona el beneficio de la prestación al mencionado requisito de cotización previa<sup>44</sup>. De ahí que algún sector de la doctrina abogue por la necesidad de crear una prestación por maternidad de base universal, configurada como un derecho de ciudadanía, que tenga por objeto la cobertura de las seis semanas posteriores al parto, ampliables en una semana más en los supuestos de parto múltiple y en dos semanas en los casos de familias monoparentales y de padres o hijos discapacitados<sup>45</sup>.

Resulta igualmente criticable el hecho de que, conforme a los arts. 12 y 13 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, para percibir la prestación por maternidad, sea necesario, como requisito adicional, la solicitud de la beneficiaria, no en vano la falta de iniciativa o la iniciativa tardía de la interesada comportaría la reducción o incluso la pérdida de esta prestación. Tal exigencia reglamentaria (nada dice la LGSS al respecto), excesiva a todas luces, puede llevar a pensar hasta qué punto «estamos ante un reglamento *extra legem* o *contra legem*»<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Por extenso, FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999, págs. 19 y ss.

<sup>43</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *AS*, 1999, T. V, pág. 108.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia», *AS*, 1999, T. V, pág. 10.

<sup>45</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, ejemplar multicopiado, Madrid, 2005, pág. 61.

<sup>46</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Prestación económica por maternidad: ¿nacimiento automático del derecho? El más que cuestionado alcance del principio de oficialidad?», *TL*, núm. 77, 2004,



### B. *Disfrute anticipado*

La ordenación estatutaria permite que la futura madre pueda beneficiarse de hasta diez semanas de descanso con anterioridad al parto, quedando limitado en tal caso el período de atención al niño a unas insuficientes seis semanas. La posibilidad de agotar tan dilatado período no tiene sentido en la actualidad, al existir vías alternativas para acceder a la suspensión que permiten disfrutar *a posteriori* el descanso maternal completo: la incapacidad temporal cuando existan problemas de salud no conectados con el puesto de trabajo, y el riesgo durante el embarazo para aquellos casos en que las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto<sup>47</sup>.

Algunos problemas pueden plantearse, también, en relación con los posibles errores en que pueda incurrir el facultativo a la hora de precisar la fecha del parto y anticipación del disfrute del derecho. En este caso, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del alumbramiento, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio pueda ser reducido<sup>48</sup>. La anterior solución viene inducida por lo dispuesto en el art. 4.4 del Convenio núm. 183 de la OIT, en virtud del cual cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio se vea mermada. Ante esta situación es lógico, aunque el Real Decreto 1251/2001 no se pronuncia al respecto, que también se prolongue el pago de la prestación por maternidad<sup>49</sup>. Una regulación expresa de este supuesto evitaría, no obstante, gran cantidad de conflictos.

### C. *Parto múltiple*

Tras la promulgación de la Ley 39/1999 se ha procedido a una mejor y más clara formulación de la ampliación del descanso por parto múltiple, aco-

pág. 272. El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto, apostando por la automaticidad de la prestación, si bien teniendo en cuenta que en el supuesto enjuiciado no resultaba aplicable el RD 1251/2001, por ser anterior a su entrada en vigor. STS 22 mayo 2004 (Ar. 4617).

<sup>47</sup> GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia (DM), 2001, págs. 56-57.

<sup>48</sup> STSJ Analucía 17 mayo 1990 (Ar. 2727) ó 12 julio 1993 (Ar. 3255).

<sup>49</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, pág. 43.

modándola al número de hijos, de tal manera que el suplemento previsto por la Ley (dos semanas) se materializa «por cada hijo a partir del segundo», regla que es de aplicación también a la «maternidad» por adopción o acogimiento múltiple<sup>50</sup>. Esto supone que si el parto es gemelar el descanso será de dieciocho semanas, incrementándose en dos semanas más por cada hijo (tres hijos suponen veinte semanas, cuatro hijos veintidós semanas, etc.).

Es evidente que la nueva regulación introduce una mejora cuantitativa para los sujetos, cada vez más numerosos, que disfrutan de los efectos de la suspensión, pues aun cuando «algunos supuestos de partos múltiples tienen su origen en la fecundación natural, resulta innegable que buena parte de ellos son fruto de la aplicación —cada vez más frecuente— de avanzadas técnicas de fecundación artificial, que han multiplicado por seis el número de embarazos múltiples en los últimos veinticinco años... Un factor clave para explicar dicha frecuencia lo constituye, junto a la facilidad de acceder a estos métodos, el cambio experimentado en el comportamiento social de la mujer que le lleva, en ocasiones, a planificar su embarazo en función de su trabajo»<sup>51</sup>. Sorprende, sin embargo, que no se vea igualmente incrementado el período de descanso obligatorio de la trabajadora, que sigue siendo el mismo (seis semanas) independientemente del número de hijos nacidos<sup>52</sup>.

Por lo demás y por lo que se refiere al momento a partir del cual puede hacerse uso de este derecho ampliado, algún sector de la doctrina entiende que aunque la referencia normativa se efectúa al parto («ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo»), en la medida en que hoy día existe la posibilidad de conocer anticipadamente la existencia de la fecundación de más de un óvulo mediante el uso de ecografías, ello permite hacer uso del período de descanso adicional previsto en el art. 48.4 ET con anterioridad al alumbramiento, puesto que, por otra parte, la Ley no exige literalmente que el hijo o los hijos nazcan vivos<sup>53</sup>.

Ahora bien, no parece demasiado acertada dicha postura doctrinal por cuanto, teniendo en cuenta que esta prolongación del descanso obedece exclusivamente a la finalidad de conceder a la madre una ayuda adicional, dada

<sup>50</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 29.

<sup>51</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», *AL*, núm. 47, 1999, pág. 914.

<sup>52</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pág. 99.

<sup>53</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 56.



la mayor atención que debe dispensar por cada hijo nacido, esta solución no parece de recibo si se tiene en cuenta que una gestación de varios fetos puede finalmente truncarse, sobreviviendo finalmente sólo uno o alguno de los gestados, lo que estadísticamente por desgracia suele ser frecuente. La concesión de un período mayor de descanso a una parturienta que sólo ha dado a luz un hijo por el mero hecho de que esperaba otro u otros, situaría a ésta en una clara ventaja respecto de otras madres de parto único, que procede entender injustificada. Ello permite apoyar la solución de esperar al parto para, una vez determinado el número de hijos con vida, ejercitar el derecho equivalente<sup>54</sup>.

Todo ello no debe hacer olvidar tampoco cómo aunque en un primer momento la nueva regulación del art. 48.4 ET planteaba problemas respecto de la vigencia subsidio por parto múltiple regulado en el Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (con un importe igual al que corresponde percibir durante el período obligatorio de suspensión)<sup>55</sup>, el tema quedó zan-

<sup>54</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «Suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, págs. 56-57. Así, la STSJ Madrid 1 julio 1997 (Ar. 2612) en el caso de fallecimiento antes del parto de los fetos considera que «la necesidad de descanso se ve pluralmente perturbada por la presencia de más de un hijo, lo que no sucede cuando el fruto múltiple del embarazo se ha malogrado y ninguno llega a nacer».

<sup>55</sup> El problema con respecto al mismo radicaba en que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, por la que se añade el capítulo IV bis (sobre la maternidad) de la LGSS, omitió cualquier pronunciamiento al respecto, siendo de este modo que la norma que lo preveía (el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social y la Orden de 13 de octubre de 1967, sobre la prestación por incapacidad laboral transitoria) podía ser considerada derogada, máxime cuando la Ley 3/1989 incrementó el período de disfrute. Sobre este particular es menester traer a colación el cambio que se produjo con la STS de 11 mayo 1998 (Ar. 4325), que admitió, basándose en que la Seguridad Social no ha de ser regresiva, la vigencia del subsidio especial por parto múltiple por lo que a los padres naturales se refiere. En el mismo sentido, SSTSJ Asturias 30 abril 1999 (Ar. 1149), Castilla y León 5 noviembre 1991 (Ar. 6244), 5 octubre 1992 (Ar. 5200), 24 marzo 1995 (Ar. 924), 16 febrero 1999 (Ar. 2824) y 15 mayo 2001 (RTSS —CEF—, núm. 224, 2001, págs. 176 y ss.).

No obstante, las dudas seguían estando en cuál había de ser el tiempo de duración del subsidio, pues si bien la jurisprudencia no dudó en señalar el de las seis semanas posteriores al parto, amparándose en que el hecho de que la norma haya ido modificando los derechos derivados del contrato (a catorce semanas con la LRL y a dieciséis o dieciocho, dependiendo si el parto fuese o no múltiple, con la Ley 3/1989) no había de implicar, salvo manifestación expresa del legislador, la alteración del sistema de protección de Seguridad Social instaurado. LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., págs. 913 y ss. ó MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Subsidio especial por parto múltiple (Comentario a la STS de 11 de mayo de 1988)», *RL*, núm. 9, 1999, págs. 64 y ss.

jado por el Real Decreto Ley 1368/2000, de 19 de julio (que desarrolla, a su vez, el Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero)<sup>56</sup>. Así, en virtud del art. 3 del Real Decreto Ley 1/2000 se establece en el sistema de Seguridad Social una prestación económica de pago único por parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos; su cuantía, que se hace depender del salario mínimo interprofesional, está fijada en cuatro veces el mismo cuando el número de hijos nacidos sea dos; ocho, cuando el número de hijos sea tres; y doce, si éste es igual o superior a cuatro. Tal prestación es compatible, además, con el subsidio especial de maternidad por parto múltiple reconocido en el Real Decreto 3158/1966 (cifrado —como ya consta— en la cantidad que resulte de multiplicar el 100 por 100 de la base reguladora por cada hijo a partir del segundo durante el período de descanso obligatorio de seis semanas) a tenor del párrafo segundo del art. 11 del Real Decreto 1368/2000<sup>57</sup>.

No obstante la claridad de la normativa anterior y por si duda hubiere, el art. 3.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar también que en los casos de «parto múltiple... se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto». De esta manera, no cabe duda de que «se prevén dos prestaciones con idénticos sujetos beneficiarios y sujetos causantes, esto es, se da la singularidad de que una misma contingencia es protegida a través de dos prestaciones perfectamente compatibles»<sup>58</sup>.

La razón que parece justificar tal duplicidad puede encontrarse en el hecho de que las situaciones de necesidad dignas de protección son distintas para el supuesto del «subsidio especial por parto múltiple», recogido en el art. 3.2 del Real Decreto 1251/2001, y para el supuesto de la «prestación económica familiar por parto múltiple», regulada en el art. 2 del Real Decreto Ley 1/2000. Así, para el primer caso, la situación de necesidad que el ordenamiento selecciona «es el período obligatorio que procede en caso de maternidad» y, en el segundo, «se trata de compensar, en parte, los mayores gastos

<sup>56</sup> Y ya con anterioridad mediante el informe emitido, el 15 de marzo de 1995, por la Subdirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en virtud del cual «en los supuestos de partos múltiples debe concederse un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero». FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 134-135.

<sup>57</sup> GARCÍA ROMERO, B.: «La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social», *AS*, núm. 14, 2000, págs. 55 y ss.

<sup>58</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: «La mejora de la protección familiar: el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio», *TS*, núm. 119, 2000, pág. 93.



que se producen por nacimiento de hijos... cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple»<sup>59</sup>.

Quedaba sin solucionar, no obstante, un problema adicional: la posibilidad de obtener la prestación económica por parto múltiple en los supuestos de adopción o acogimiento, pues, en principio, no concurría el requisito, consagrado en el Real Decreto 1368/2000, de que los menores fueran hijos nacidos de parto natural múltiple. Con gran acierto, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, soluciona definitivamente esta cuestión, derogando de forma expresa lo previsto en el art. 3 del Real Decreto Ley 1/2000 y dando nueva redacción al art. 187 LGSS con el fin último de proteger no sólo los supuestos de alumbramiento múltiple sino también de adopción o acogimiento del mismo carácter<sup>60</sup>. Otra solución no hubiera sido posible en un ordenamiento como el español, en el cual la Constitución proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación<sup>61</sup>.

Asimismo, comprendida igualmente en el ámbito de las prestaciones familiares de Seguridad Social, se incorpora una nueva prestación económica de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos (art. 2.2 Real Decreto Ley 1/2000)<sup>62</sup>, cuya finalidad no era otra que incentivar la natalidad, pues su regulación excluía injustificadamente a los adoptados, salvo para el cómputo de hijos<sup>63</sup>. Tal laguna ha sido cubierta, igualmente, por la reforma operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, en el art. 185 LGSS, pues a partir de ahora la prestación se reconoce —lógicamente— tanto por nacimiento como por adopción de un tercer o sucesivos hijos.

En fin —y por lo que aquí interesa—, el incremento del período de descanso por parto múltiple debe valorarse de forma positiva, salvo por el hecho de que se ha perdido la oportunidad de introducir una medida verdaderamente incentivadora del reparto de responsabilidades familiares, que hubiera podido consistir en asignar la titularidad de las semanas complementarias al padre, sin posibilidad de transferencia a la madre<sup>64</sup>. Ello sin olvidar, como crítica adicional, que aun cuando la nueva regulación se adecuaba

<sup>59</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «El subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple», *TS*, núm. 23, 2001, pág. 27.

<sup>60</sup> STS 24 junio 2004 (Ar. 5068) y STSJ Galicia 27 diciembre 2003 (Ar. 258).

<sup>61</sup> SUÁREZ CORUJO, B.: «Prestación económica por adopción múltiple», *AS*, núm. 20, 2005, pág. 36.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Las prestaciones de protección familiar por nacimiento de hijo y por parto múltiple», *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000, págs. 19 y ss.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo», *TS*, núm. 123, 2001, págs. 16-17.

<sup>64</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 57.

algo mejor que la anterior a las necesidades que a una familia se le presentan con este tipo de parto o adopción, lo cierto es que la concesión de dos semanas más por hijo es insuficiente, si tenemos en cuenta el esfuerzo y la dedicación que supone el cuidado de un nuevo hijo. Por eso mismo, podía haberse establecido un tiempo mayor de permiso no sólo en función del número de hijos que se tengan en un mismo parto, sino en función de los ya existentes<sup>65</sup>.

#### D. *Parto frustrado*

Aun cuando la norma no exige que el niño nazca vivo, razón por la cual su muerte no obsta al inicio o mantenimiento de la suspensión contractual contemplada en el art. 48.4 ET, lo cierto es que parece razonable entender que en tal caso la suspensión quedará reducida al período mínimo obligatorio de seis semanas dirigido a la recuperación física de la madre, pues, no existiendo recién nacido al que atender, pierde sentido el descanso durante el denominado «período voluntario»<sup>66</sup>.

Esta interpretación queda corroborada con lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1251/2001, en virtud del cual «en el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieren agotado...». No procederá, por tanto, el disfrute paterno del descanso, ya que el padre es partícipe solamente del período voluntario<sup>67</sup>. En fin —y como es lógico—, esta regla será de aplicación «cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días», pues en otro caso no se trataría de un parto frustrado sino de un aborto.

#### E. *Parto prematuro*

El parto frustrado conecta con otro supuesto, el parto prematuro, regulado por la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 12/2001, de 9 de julio, a par-

<sup>65</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», AS, 1999, T. V, pág. 1165.

<sup>66</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 95.

<sup>67</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Madrid (Dykinson), 2002, pág. 103.



tir de la cual queda colmada una laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico, pues hasta la entrada en vigor de la disposición normativa mencionada «la llegada a casa del recién nacido, tras su necesaria estancia en el hospital, podía coincidir con la reincorporación de la madre a su trabajo por haber agotado el correspondiente permiso de maternidad»<sup>68</sup>.

En este caso, el alumbramiento acaece de la misma manera que en un embarazo a término, con similares consecuencias físicas y psíquicas. La diferencia más destacable es la delicada salud del hijo, cuyo desarrollo intrauterino no ha podido completarse y precisa, por tanto, cuidados más especiales<sup>69</sup>. Afortunadamente, el legislador ha tomado conciencia de la doble situación que se produce en un parto de un niño inmaduro: de un lado, mientras el bebé se encuentra en el centro hospitalario, la parte fundamental del cuidado recae sobre la institución sanitaria, aunque la presencia de los padres durante algunas horas al día sea fundamental para la positiva evolución del niño; de otro, cuando es dado de alta todo el cuidado recae sobre los progenitores<sup>70</sup>.

Bajo tales premisas, los derechos establecidos con la nueva regulación son los siguientes:

a) El padre o la madre (no los dos) tendrán derecho a ausentarse una hora del trabajo (retribuida), y, asimismo, tendrán derecho a reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario. Se supone, aunque el nuevo art. 37.4 bis) ET no lo especifica, que dicho permiso o reducción de jornada se mantendrá hasta que cese la hospitalización.

Haciendo una interpretación mínimamente coherente de este precepto, habrá que entender incluidos también los supuestos en que el parto hubiera tenido lugar en un marco distinto del hospital y se hubiese producido con posterioridad el ingreso del neonato, así como los casos en los cuales se produjese el alta del nacido y tras ella tuviera lugar su ingreso hospitalario en un lapso de tiempo irrelevante, sin olvidar tampoco los supuestos en que por causa de la salud de la madre, ésta y el neonato deben permanecer hospitalizados o aquellos otros en los que la estancia en el recinto hospitalario no obedezca a la prematuridad o a problemas de salud actuales del niño,

<sup>68</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiple tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., pág. 914. En la doctrina italiana, PALOMBA, A.C.: «Astensione obbligatoria in caso di parto prematuro», *Il. Dir. Lav.*, núm. 4, 2000, págs. 269 y ss.

<sup>69</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, cit., pág. 102.

<sup>70</sup> DE VICENTE PACHES, F. e IBÁÑEZ GOZALBO, M.: «El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro: un supuesto lamentablemente olvidado», *TS*, núm. 123, 2001, pág. 23.

sino a necesidades preoperatorias, diagnósticas, observación o pruebas clínicas<sup>71</sup>. Lo que se exige, en todo caso, es la estancia en un centro hospitalario, de manera que la falta de hospitalización, por ejemplo porque el niño recibe asistencia médica en el hogar familiar o es simplemente trasladado (diariamente o no) al centro hospitalario para recibirla, imposibilita el hecho desencadenante del permiso<sup>72</sup>.

No se aclara, desde el punto de vista legal, si es posible entender aumentado el tiempo de ausencia en caso de parto múltiple, con hospitalización simultánea de todos los neonatos; una vez más, desde una perspectiva teleológica, ha de darse una respuesta forzosamente afirmativa, aunque, sin duda, la redacción literal de este precepto parece excluir esta conclusión, pues utiliza el plural «nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados», pudiendo inferir que abarca a todos los hijos que puedan estar en tal situación generándose derecho a un único permiso común para atender al cuidado de todos ellos<sup>73</sup>.

Por lo demás, atendiendo a la finalidad que este permiso viene a cumplir, no parece justificada la exclusión de los supuestos de hospitalización del hijo a continuación de la adopción, aunque las particularidades de la filiación adoptiva hacen aconsejable el establecimiento de un tratamiento distinto (pero equivalente)<sup>74</sup>. Tampoco se entiende suficiente, a la postre, el tiempo retribuido de permiso que se reconoce en el supuesto aquí analizado, por cuanto resulta obvio que el trabajador/a va a tener que acudir normalmente a la reducción de jornada, ante la práctica imposibilidad de procurar cuidados a un hijo hospitalizado en un período tan breve, aun en los casos en que la distancia entre el centro de trabajo y el recinto hospitalario no fuera excesiva<sup>75</sup>.

b) El período de suspensión del contrato por maternidad podrá iniciarse, a instancia de la madre, o, en su defecto, del padre, desde que se produzca el alta hospitalaria. Se excluyen del cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria del contrato de la madre<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> RUBIO DE MEDINA, M.D. y CAÑAL RUIZ, J.M.: *La integración de la mujer en el mercado laboral*, Barcelona (Bosch), 2004, pág. 116.

<sup>72</sup> ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid (CES), 2004, pág. 115.

<sup>73</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 147.

<sup>74</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 46.

<sup>75</sup> LÓPEZ TERRADA, E.: *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 86.

<sup>76</sup> Pionero en incluir mejoras para las madres de niños prematuros ha sido el CC del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid (BOCM, 3 agosto 2000).



En consecuencia, tal y como el art. 7.4 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, la percepción del subsidio por maternidad «se interrumpirá, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar». A tal efecto, se tendrán en cuenta, además, las siguientes previsiones:

- Si el descanso se ha iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad podrá comprender el período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple.
- Si el descanso por maternidad se ha iniciado antes del parto, la interrupción afectará únicamente al período que, en su caso, reste por disfrutar tras las seis semanas de descanso obligatorio.
- Si durante la percepción del subsidio por maternidad se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad, no podrá interrumpirse dicho subsidio.

En definitiva, se trata de un derecho dotado de doble contenido y titularidad: de un lado, el período de seis semanas debe ser disfrutado exclusivamente por la madre en el momento inmediato al parto, siendo obligatorio hacerlo efectivo; de otro, las semanas restantes podrán suponer la interrupción temporal del contrato de cualquiera de los progenitores, pudiendo optar por la fecha en la que deseen hacerlo efectivo bien sea a partir del parto y consecutivamente con las semanas obligatorias o bien fraccionando su disfrute y dejando estas semanas para después del alta hospitalaria<sup>77</sup>.

#### F. *Enfermedades anteriores o posteriores al parto*

Como es lógico, los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del nacimiento, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del alumbramiento deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará, lógicamente, el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

Bien pudiera suceder, por tanto, que, por las incidencias del embarazo o del parto, la suspensión inicial (por maternidad) debiera prolongarse; sin

<sup>77</sup> MOGARDO PANADERO, P.: «La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., pág. 35.

embargo, tal supuesto será, tal y como se encarga de precisar el art. 9.1 del Real Decreto 1251/2001, de todo punto ajeno ya al ámbito de protección del art. 45.1.d) ET y entrará de lleno en el correlativo de la letra c) de aquel precepto, es decir, de la incapacidad temporal<sup>78</sup>, iniciándose a partir de ese momento —y sin solución de continuidad— el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación<sup>79</sup>. Así, y sin perjuicio de la posterior suspensión y prestación por incapacidad temporal, si como resultado del parto la trabajadora padeciera afectaciones que comportaran convalecencias superiores al plazo legalmente fijado, ello no comporta una ampliación del derecho aquí analizado, contra la prevención específica contemplada en el art. 5 del Convenio núm. 183 OIT (no suscrito aún por el Estado Español)<sup>80</sup>.

Erróneamente, en la ordenación de la maternidad se ha optado por un criterio omnicompreensivo, de forma que cualquier alteración de la salud que se produzca durante su vigencia no ocasiona efecto alguno, es decir, durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de ninguna contingencia (art. 9.3 RD 1251/2001). Esta regla, que simplifica la posible superposición de situaciones, pretende evitar situaciones de extensión abusivas de la protección y, sin embargo, no atiende a la finalidad otorgada a cada instituto protector<sup>81</sup>.

En consecuencia —y descendiendo al detalle de supuestos más concretos—, cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, en cuyo caso la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniere compatibilizando con el subsidio por maternidad. Ahora bien, si agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continuaran en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).

<sup>78</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 231.

<sup>79</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 120.

<sup>80</sup> FALGUERA BARO, M.A.: *Filiación y familia: sus efectos en el contrato de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 31.

<sup>81</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, ejemplar multicopiado, 2005, pág. 173.



Es más, si existiendo un derecho al descanso compartido entre los progenitores, uno de los dos cayera enfermo, iniciándose un proceso de incapacidad temporal por causa común es necesario distinguir dos circunstancias: De ser el padre el que se encuentra en disfrute de descanso cuando cae la madre enferma, el criterio mantenido ha sido el de la conservación del derecho al descanso por parte del padre hasta su agotamiento, mientras la madre iniciaría un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común. De ser el padre el que resulta aquejado por la enfermedad común, el mismo continuará en el disfrute del permiso hasta su agotamiento, momento en el que pasará, sin solución de continuidad, a la situación de incapacidad temporal<sup>82</sup>. Como se ve, esta solución, en perjuicio de la mujer, sigue exigiendo a quien disfruta del permiso agotarlo antes de entrar en incapacidad temporal sin tener en cuenta la imposibilidad física del incapacitado temporalmente de hacerse cargo del cuidado del hijo<sup>83</sup>.

En definitiva, procede insistir en la deficiente configuración del permiso por maternidad y su relación con la incapacidad temporal a la luz del argumento siguiente: Si el fin del descanso por maternidad es, evidentemente, y al menos en parte, el cuidado del hijo, es claro que quien se encuentra en situación de salud deteriorada —sea cual sea la causa—, no está en condiciones, o puede no estarlo, de cuidar al hijo y por lo tanto es precisamente en este supuesto cuando más necesita el traslado del permiso al otro progenitor. De hecho, dos factores deben ser tenidos en cuenta a estos efectos: De un lado, aun cuando una parte fundamental del permiso por maternidad es la recuperación de la salud de la madre, lo cierto es que no todo lo relacionado con los «cuidados parentales» debe ser considerado «un asunto de mujeres». De otro, la intención legislativa de evitar el fraude que se podría ocasionar al obtener dos subsidios (incapacidad temporal y maternidad) donde sólo debería haber uno cae por su propio peso, pues, como con acierto se ha dicho, «¿de verdad cree el legislador que compensa a tener un hijo y encontrarse enfermo el hecho de defraudar un subsidio de cuatro meses?»<sup>84</sup>.

Late en la redacción de la norma «la desconfianza de que la excusa de la maternidad sirva para que bajo la forma de incapacidad temporal materna y prestación de maternidad paterna se duplique la prestación de Seguridad Social por un mismo hecho causante. Olvida, sin embargo, el legislador que ni se trata del mismo hecho causante (uno de ellos es la maternidad, el otro, la enfermedad materna), ni resultan sociológicamente conve-

<sup>82</sup> Circular 20/1989, de 22 de septiembre, del INSS.

<sup>83</sup> RABANAL CARBAJO, P.: «Prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo: problemas pendientes», *AL*, núm. 6, 2005, pág. 638.

<sup>84</sup> RABANAL CARBAJO, P.: «Prestaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo: problemas pendientes», cit., pág. 638.

nientes, en vista del tradicional apartamiento paterno de las responsabilidades domésticas y familiares, garantías tan férreas ante situaciones tan extremas»<sup>85</sup>. Deviene necesario, por tanto, establecer una regulación más protectora, permitiendo la suspensión de la protección por maternidad en los supuestos aquí analizados, previa acreditación clínica de la dificultad o imposibilidad de dedicación a la atención del hijo<sup>86</sup>.

### G. Aborto o interrupción irregular del embarazo

La desconfianza frente a la utilización fraudulenta del descanso por maternidad se mantiene también en los supuestos de aborto o interrupción irregular del embarazo, no en vano en tales casos no existe ningún proceso generativo ni maternidad en sentido propio —en cuanto ésta ha sido interrumpida—, eliminando *ab initio* la posible continuidad de sus efectos y su natural resultado en el parto<sup>87</sup>. Sabido es que la provocación del aborto no punible, esto es, el terapéutico (o con existencia de peligro físico o psíquico para la madre), eugenésico (cuando la gravedad se traslada al feto, siendo realizable hasta en veintidós semanas) y el ético (en las doce primeras semanas y a consecuencia de delito de violación denunciado), además del que ocurra de forma espontánea, va a traer como consecuencia inmediata la necesidad de tutelar la salud de quien lo padece, pues la situación presenta por lo general un cuadro de riesgos ineludibles y de inevitable recuperación física y, en su caso, psíquica. En este sentido, siendo el único bien jurídico a tutelar el de la recuperación de quien aborta, la mayor parte de la doctrina entiende que la interpretación correcta pasa por encuadrar tales supuestos dentro de la incapacidad temporal (pues no hay recién nacido a quien cuidar ni relación familiar que establecer), aun cuando la causa que lo origina no sea exactamente la enfermedad ni el accidente<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25.

<sup>86</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas de reforma para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 181.

<sup>87</sup> La diferencia más sobresaliente entre el parto prematuro y el aborto reside en que en el parto prematuro el proceso generativo es completo y culmina con el alumbramiento de una criatura presumiblemente viable. Por el contrario, el aborto supone la cancelación del proceso generativo y la anulación de sus consecuencias reproductivas, sin que exista maternidad en sentido propio. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, cit., pág. 104.

<sup>88</sup> Por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, cit., pág. 128.



Ahora bien, tal argumentación olvida que el objetivo fundamental de la protección por embarazo es la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora, objetivo que no se alcanza de forma eficaz con la protección que otorga la incapacidad temporal por enfermedad común<sup>89</sup>, pues «el régimen jurídico de la incapacidad temporal es de contenido cualitativa y cuantitativamente inferior al que rodea a la maternidad»<sup>90</sup>, a saber: a) la beneficiaria de la protección habrá de esperar hasta el cuarto día de la baja médica para beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social, quedando desamparada durante los tres primeros días, los cuales, según su estado de salud y el tiempo de la recuperación clínica, pueden constituir el ciclo completo de restablecimiento o, lo que es lo mismo, de duración de la alteración de la salud; b) la prestación, una vez nacida tras el período de espera, y teniendo en cuenta que la curación o eliminación de las posibles secuelas del aborto raramente se prolongarán más allá del vigésimo día de la baja, correrá íntegramente a cargo del empresario, que habrá de abonarla en pago directo, lo cual no facilita en medida alguna la promoción profesional de la mujer; c) la cuantía de la prestación es, desde la Ley 42/1994, inferior a la correspondiente a la contingencia de maternidad: el 60-75 por 100 de la base reguladora por contingencias comunes, frente al 100 por 100 por maternidad<sup>91</sup>.

La laguna existente en nuestro ordenamiento en este punto contrasta, además, con la preocupación puesta de manifiesto por los organismos internacionales y, en concreto, por la OIT, quien en su Recomendación núm. 95, sobre la protección de la maternidad, señala la conveniencia de que «los organismos de control estuvieran autorizados para prescribir en casos individuales... una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal... y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio»<sup>92</sup>. De todas formas, tampoco sería necesario, para lograr el fin último de proteger la situación laboral y la carrera profesional de la madre trabajadora, que el legislador extendiera al supues-

<sup>89</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido», cit., pág. 1167. Sobre esta misma idea, por extenso, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (Edresa), 1983, pág. 53.

<sup>90</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., págs. 286 y ss.

<sup>91</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de las dos contingencias», en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, págs. 278 y ss.

<sup>92</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., pág. 43.

to de aborto la protección por maternidad *strictu sensu*, bastaría que se regulara de manera similar a como se ha hecho con el supuesto de riesgo durante el embarazo —situación nueva creada por la Ley 39/1999—, pues «el fenómeno del aborto está íntimamente ligado a la maternidad y además sólo lo sufren las mujeres»<sup>93</sup>.

#### H. *Disfrute de vacaciones*

La articulación entre el permiso por maternidad y el disfrute de las vacaciones tradicionalmente ha suscitado dos tipos de problemas: el relativo al cómputo del período de suspensión a efectos del devengo del derecho a las vacaciones y el referido a la distribución del riesgo derivado de la coincidencia de estos dos períodos, es decir, el suspensivo por razones de nacimiento de un hijo y el de interrupción de la prestación durante el tiempo de descanso anual<sup>94</sup>.

En relación con la primera cuestión, hay que tomar como regla de partida que el trabajador, para causar derecho a las vacaciones, ha de haber prestado servicios durante un año completo, pues se trata de un derecho de devengo periódico que —como parece desprenderse del art. 38.1 ET referido a las vacaciones anuales— conlleva o presupone la prestación de trabajo efectivo durante todo ese período. Ello hace surgir la duda de si ciertas ausencias se computan a los efectos de dicho devengo. Más concretamente, y por lo que ahora interesa, las debidas a suspensión por maternidad. La solución a este problema no se contiene en la norma estatal interna, pero sí se encuentra en una norma internacional de frecuente invocación para resolver dudas interpretativas a propósito del régimen jurídico de las vacaciones, el Convenio número 132 de la OIT, en cuyo art. 5.4 se dispone que «las ausencias del trabajo por motivos independientes de la voluntad de la persona interesada, como la enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios».

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, al eventual solapamiento del momento de disfrute de ambos derechos y las consecuencias que de ello habrían de derivarse para el trabajador o trabajadora afectados, hay que tener en cuenta que la fijación del período de disfrute de las vacaciones anuales se remite en el art. 38.2 ET al acuerdo individual entre

<sup>93</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., pág. 1167.

<sup>94</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: «Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad», *AS*, núm. 3, 2004, págs. 9 y ss.



trabajador y empresario, pero de conformidad con lo establecido, en su caso, en convenio —o acuerdo de empresa— sobre planificación anual de las vacaciones. Dicho de otro modo, y en contra de lo que pudiera en una primera lectura deducirse del precepto de referencia, las partes habrán de tener en cuenta y someterse —a la hora de fijar las fechas concretas del período vacacional— a lo que se haya podido establecer, con carácter general, en convenio o pacto singular de carácter colectivo en torno a las vacaciones del resto de la plantilla. Este criterio de articulación normativa o, por mejor decir, de ordenación de las fuentes de la relación de trabajo en el que el interés individual cede ante el de carácter colectivo, es el que, al menos en una primera aproximación, explica de modo más convincente la solución que la jurisprudencia venía otorgando al problema de la coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y la baja por maternidad, consistente en hacer recaer los efectos de tal eventualidad sobre el propio trabajador o —mejor— trabajadora afectados. Ello sin perjuicio, claro está, de que pudieran arbitrarse otras soluciones mediante acuerdo, colectivo o individual, que mejorasen esta pauta en beneficio del trabajador<sup>95</sup>.

Esta solución comportaba un perjuicio objetivo para la trabajadora, cifrado en la minoración de su tiempo de descanso retribuido, que quedaba, por así decirlo, absorbido por el descanso por maternidad a pesar de que ambos períodos tienen un fundamento y una finalidad totalmente distintos. Es más, la situación descrita todavía se tornaba más desventajosa cuando la trabajadora no reuniera los requisitos necesarios para el cobro de la prestación por maternidad, pues, aplicando el criterio jurisprudencial transcrito, perdería el disfrute de un descanso retribuido y mantendría un derecho al descanso sin contraprestación, que es lo mismo que vaciar de contenido este derecho<sup>96</sup>. Por contra, se originaba un lucro emergente para el empresario

<sup>95</sup> Según esta doctrina judicial, la trabajadora no tiene derecho a solicitar el disfrute de sus vacaciones en época distinta, pues «no se puede disponer de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa» [STS 30 de noviembre 1995 (Ar. 8771)]. En el mismo sentido, STS 27 junio 1996 (Ar. 5389)]. *A sensu contrario*, parece que en caso de vacaciones no pactadas con carácter previo a la coincidencia entre el permiso por maternidad y las vacaciones, la trabajadora tendrá derecho a disfrutarlas en período distinto. En todo caso, nada impediría —lógicamente— que en convenio colectivo pudiera ser incluido un pacto en virtud del cual, y para el supuesto de superposición temporal entre el permiso por maternidad y las vacaciones, éstas se disfruten en un período distinto. BALLESTER PASTOR, M.A. y PONS CARMENA, M.: «Maternidad y responsabilidades familiares», en VV.AA. (PÉREZ DEL RÍO, T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1995, pág. 171. En sentido contrario, STSJ Baleares 29 abril 1991 (Ar. 2826) y STCT 10 octubre 1988 (Ar. 6149).

<sup>96</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad», *TL*, núm. 77, 2004, pág. 307.

que se vea liberado de la obligación de pagar la retribución de un período en el que originariamente tampoco debía percibir servicios<sup>97</sup>.

Ahora bien, la criticada interpretación judicial anterior habrá de ser objeto de revisión a la luz de un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual se afirma rotundamente la posibilidad de que el trabajador/a disfrute de sus vacaciones en momento distinto al del permiso por maternidad, incluso cuando exista un acuerdo colectivo para la fijación de las vacaciones anuales para toda la plantilla<sup>98</sup>, no en vano la finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, mientras el primero pretende que todos los trabajadores dispongan de un período dilatado de descanso efectivo. De esta forma, si coincide el permiso de maternidad de una trabajadora con las vacaciones anuales de toda la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva 93/104, sobre el tiempo de trabajo<sup>99</sup>.

Esta posibilidad de disfrute de las vacaciones cuando haya finalizado el período pactado colectivamente se configura, de facto, como una prolongación del tiempo de descanso retribuido tras el nacimiento del hijo sin coste económico adicional, tanto si la trabajadora disfruta en solitario del permiso, como si lo comparte con el padre, pues, en este segundo supuesto, mientras la madre disfruta de las vacaciones, el progenitor varón utilizará el permiso, quedando ampliado el tiempo en el que ambos conjuntamente están atendiendo al cuidado del hijo, implicándose, así, el padre en su atención sin que a su vez deje de ser atendido por la madre<sup>100</sup>.

### I. Otras circunstancias a considerar

Las especiales dificultades que plantean el nacimiento de un hijo con discapacidad, así como la especial situación de adaptación cuando la madre

<sup>97</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: *Transposición de las normas comunitarias: exigencias de la Directiva 2002/73/CEE sobre discriminación por razón de género en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo*, ejemplar multicopiado, 2005, pág. 88.

<sup>98</sup> STJCE 342/01, de 18 de marzo de 2004, asunto *M.<sup>a</sup> Paz Merino Gómez frente a Continental Industrias del Caucho, S.A.*, comentada por PÉREZ DEL RÍO, T.: «Suspensión por maternidad y derecho a vacaciones», *RDS*, núm. 27, 2004, págs. 106 y ss.

<sup>99</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., pág. 283.

<sup>100</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «La compatibilidad de las vacaciones y el descanso por maternidad», cit., pág. 315.



y/o el padre están discapacitados, justifican la necesidad de introducir un trato diferencial respecto a la ordenación general de la extensión del período de suspensión del contrato. Es pertinente, por tanto, aumentar los permisos por maternidad para estos supuestos en función precisamente del grado de discapacidad acreditado.

Asimismo, la dedicación en solitario al cuidado del hijo que se plantea en el supuesto de una familia monoparental debería ser valorada como causa justificativa del incremento de la duración del período de disfrute de la suspensión del contrato <sup>101</sup>.

### 3.1.2. *Titularidad del derecho*

Con el fin último de asegurar el cuidado de la descendencia <sup>102</sup>, el legislador va a permitir, bajo determinadas circunstancias, que sea el padre —y no la madre— quien disfrute de los beneficios legalmente previstos. La Ley 39/1999 procede en consecuencia (mejorando el límite de las cuatro semanas últimas establecido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo <sup>103</sup>) e introduce un nuevo segundo párrafo al art. 48.4 ET, para establecer que, no obstante lo anterior, para el caso de que padre y madre trabajen, el padre [trabaje o no para el mismo empresario que la madre] <sup>104</sup>, a opción de la madre hecha con anterioridad al inicio del período de descanso, podrá disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del período total de suspensión posterior al parto, sin perjuicio de las seis semanas de reposo puerperal obligatorio, cuyo disfrute, irrenunciable, siempre corresponde a la madre <sup>105</sup>.

<sup>101</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 154.

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., págs. 5827-5828.

<sup>103</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, págs. 103 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora», *RL*, 1989, Tomo II, págs. 86 y ss. o GONZÁLEZ VELASCO, J.: «La excedencia para atender el cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de marzo», *AL*, 1989, Tomo II, págs. 255 y ss.

<sup>104</sup> No obstante lo cual, el TJCE entiende no discriminatoria una legislación en la cual la concesión de una baja para el cuidado de hijos es reconocida en exclusiva a la madre, y no alternativamente en favor de ambos padres, aun cuando ambos lleguen a un acuerdo. SSTJCE 184/83, de 12 de julio de 1984, asunto *Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse* y 312/86, de 25 de octubre de 1988, asunto *Comisión contra Francia*, donde establece literalmente que «la protección de la mujer en lo que concierne a la maternidad tiene por fin asegurar la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo (...) evitando que estas relaciones sean perturbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional».

<sup>105</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *AS*, 1999, T. V, pág. 107.

### A. *La opción en favor del disfrute paterno*

La exigencia de que ambos trabajen da sobradas muestras del modelo de familia que se está realmente promocionando, pues si la mujer no trabaja tiene que cuidar irremediamente al niño sin que la Ley facilite una corresponsabilidad, ignorando supuestos en los que la madre o el padre están atendiendo a su formación y, por tanto, se crean situaciones que se deberán resolver en la esfera privada y no por el legislador directamente <sup>106</sup>.

Al tiempo, tampoco se tiene en cuenta el enorme problema que se plantea en aquellos casos en los cuales la madre no es trabajadora en sentido estricto y no está incluida en algún régimen de protección de la Seguridad Social (en paradigmático ejemplo, abogada —afiliada a la Mutualidad correspondiente—), pues «al no ser titular de los derechos reconocidos en el ET, no puede hacer la cesión consiguiente a su cónyuge» <sup>107</sup>. Por tales razones, no puede extrañar que algún sector de la doctrina, con acierto, haya manifestado cómo el reconocimiento de la protección por maternidad en favor del padre debería realizarse siempre, previa opción de la madre, y ello con independencia de que la misma sea o no trabajadora o beneficiaria de la protección, ya que, aunque a efectos del descanso, será necesaria la actividad laboral de la madre, tal como se recoge en el art. 48.4 ET, a efectos de la protección, el contenido de la adicional undécima bis de la LGSS posibilitaría su reconocimiento <sup>108</sup>.

En la medida en que, de conformidad con el régimen jurídico vigente, «hay un sujeto en situación preferente, que es la madre y otro en una situación absolutamente secundaria, que es el padre» <sup>109</sup>, el permiso por paternidad se sigue configurando como una renuncia o cesión que la madre hace en favor del padre <sup>110</sup>, a fin de que éste pueda disfrutar parte o la integridad

<sup>106</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., pág. 67.

<sup>107</sup> STS 28 diciembre 2000 (Ar. 2001, 1882) y STSJ Canarias 13 febrero 2003 (JUR. 101092). Adoptando una posición crítica, CUENCA ALARCÓN, M.: «El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcional», *RL*, núm. 8, 2001, págs. 73 y ss. ó SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: «Maternidad biológica y subsidio por paternidad», *AS*, núm. 5, 2004, pág. 36.

<sup>108</sup> MARTÍNEZ LLANOS, N.: «Maternidad biológica y adoptiva en la Seguridad Social: opciones, descansos y prestaciones», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 5, 2001, pág. 31.

<sup>109</sup> CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M.S.: «Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas», *AS*, 1999, T. V, pág. 549.

<sup>110</sup> No se comprende muy bien por qué la STSJ Castilla La Mancha 19 octubre 1998 (Ar. 3966) considera que el convenio colectivo aplicable en la empresa de la madre es el que regula la duración del descanso por maternidad en los casos de transferencia al padre. Como



del período de descanso voluntario posterior al alumbramiento (en el supuesto habitual de parto simple, hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad) y de la prestación correspondiente siempre que reúna los requisitos para acceder a dicha prestación (art. 4 RD 1251/2001) <sup>111</sup>.

Lógico es, de un lado, que se permita a la madre revocar la opción ejercitada al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del permiso y, por consiguiente, perciba una parte determinada e ininterrumpida del subsidio, cuando sobrevinieren «hechos que hicieran inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación y otras causas análogas» (art. 8 RD 1251/2001). De otro, que se posibilite a la madre acceder a la condición de beneficiaria del subsidio, aunque se hubiera reincorporado al trabajo, en aquellos supuestos en que hubiera optado porque el padre disfrutara de una parte del período de descanso por maternidad y éste hubiera fallecido, una vez iniciado el efectivo disfrute y antes de haberlo completado (art. 7.2 *in fine* RD 1251/2001) <sup>112</sup>.

Con todo, plantea un importante problema el hecho de que la opción llevada a cabo por la trabajadora en favor del disfrute paterno quede sin efecto por el hecho de que su efectiva incorporación al trabajo suponga un riesgo para su salud, porque —como ya consta— el ordenamiento laboral no prevé (sin duda, a partir de meras y sesgadas consideraciones de economía para la Seguridad Social) para la madre (incapacitada no sólo para el trabajo sino también para el cuidado mismo del niño) la apertura de un período suspensivo por incapacidad temporal, mientras el padre cuida del recién nacido mediante el disfrute de la suspensión por maternidad, sino, por el contrario, la revocación *ex lege* (si concurra dictamen médico en el que se declare que la mujer no se halla en condiciones de reanudar su actividad laboral) de la opción ejercitada y, por consiguiente, la extinción del derecho del padre biológico a disfrutar de parte del período suspensivo <sup>113</sup>. Lógicamente,

---

con acierto se ha dicho, «el que la madre trabajadora sea la titular del derecho al descanso no supone que, en caso de transferencia al padre trabajador de parte de ese descanso, su duración esté condicionada por la normativa (legal o convencional) aplicable a la madre sino por la aplicable al padre al que se ha efectuado la transferencia oportuna». ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 80.

<sup>111</sup> RAMOS MORCILLO, M.J.: «La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de su contenido socio-laboral», *RTL*, núm. 86, 2000, pág. 690.

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», cit., pág. 91.

no cabe duda de que cuando la madre ya se ha reincorporado efectivamente a su puesto de trabajo y, con posterioridad, sufre una causa que le imposibilita desarrollar su efectiva prestación de servicios, el padre continuará percibiendo su prestación por maternidad, en absoluta compatibilidad con la prestación que por incapacidad temporal correspondería a la madre afectada, cualquiera que haya sido la causa que haya motivado la baja (ya tenga o no su origen en el parto) <sup>114</sup>.

### B. *Fallecimiento de la madre*

El ejercicio del derecho de opción a favor del padre plantea especiales problemas en aquellos casos en los que el estado físico de la madre impide el cuidado del hijo y, a su vez, cualquier decisión relativa a la delegación de sus facultades en el padre. Piénsese en aquellos casos en los que a consecuencia del parto la madre queda en situación de inconsciencia (por ejemplo, en situación de coma) que se prolonga durante un período incierto de tiempo. La imposibilidad de prever este tipo de situaciones y la imperiosa necesidad de asistencia hacia el recién nacido por parte del padre exigen un entendimiento más flexible de la normativa vigente, bien en términos que permitan una más amplia comprensión del derecho de opción definido legalmente, bien, incluso, desde la equiparación de esta situación con el régimen de fallecimiento de la madre <sup>115</sup>, en cuyo caso el padre puede disfrutar de la totalidad o de la parte que reste del período de suspensión y del correspondiente subsidio (art. 7.2 RD 1251/2001).

Así —permítase la reiteración—, se posibilita al padre hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del período de suspensión en caso de fallecimiento de la madre (sin exigirse, al menos expresamente, que el fallecimiento se deba a complicaciones surgidas durante el parto o puerperio), y no sólo, como señalaba la regulación anterior, del período restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba altamente incomprensible, ya que si, como era evidente, el objetivo del período de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado del hijo, dicha finalidad se frustraba con dicha regulación <sup>116</sup>.

Es más —y como novedad—, en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en momento posterior, con independencia de que la misma

<sup>113</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 98.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ COUPE, M.L.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CES), 2004, pág. 151.





se encontrara o no incluida en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos por la normativa <sup>117</sup>.

Queda aclarada, por tanto, la cuestión del acceso al permiso, y a la prestación por maternidad, en los supuestos de maternidad biológica o natural, por parte del padre trabajador, en caso de fallecimiento, concomitante al parto o puerperal, de la madre, acceso que se había evidenciado especialmente conflictivo cuando la fallecida careciera, precisamente, de la condición de trabajadora que le hubiera permitido a ella disfrutar (*ex arts. 48.4 ET y 133.bis LGSS*) de los correspondientes permisos y prestación económica <sup>118</sup>.

Con todo, el descanso del padre no es obligatorio —el término «podrá» no deja lugar a dudas—, ni siquiera cuando el fallecimiento de la madre se haya producido en el momento del parto. Ello es cuestionable, habida cuenta un niño de pocos días reclama altas dosis de vigilancia y atención, impensable sin la «obligatoria» y continuada presencia de al menos uno de los progenitores. Sin duda, perjuicios tales como el de la supuesta falta de capacidad del varón para atender las necesidades del recién nacido, unido a la creencia de la mayor aptitud de las abuelas para dispensar tales cuidados, inspiran una regulación de esta naturaleza <sup>119</sup>.

Además, el régimen jurídico actual sigue siendo incompleto, ya que se echa en falta el tratamiento de las otras situaciones más frecuentes en la actualidad que el fallecimiento de la madre, como es el fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después, pues aunque las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantiene en cotas superiores a las de fallecimiento de la madre, debido al incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asis-

<sup>115</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», cit., págs. 49-50.

<sup>116</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 35.

<sup>117</sup> Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 21 de abril de 2004.

<sup>118</sup> GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: «Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto de fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquélla», *TS*, núm. 162, 2004, pág. 80.

<sup>119</sup> GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, cit., pág. 54.

tida. La solución pasaría también en este caso, lógicamente, porque la norma garantizara de forma expresa el derecho al disfrute por el padre de, al menos, las seis semanas obligatorias post parto si la madre también hubiera fallecido <sup>120</sup>.

Por todas estas razones, deviene necesario reconocer un permiso de paternidad de titularidad masculina, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y remunerado, pues con ello se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos <sup>121</sup>.

### 3.1.3. *Modalidades de ejercicio de la suspensión. En especial, el disfrute a tiempo parcial*

Con el fin de adaptar el período de suspensión a las concretas necesidades de cada trabajador, esa posible distribución del descanso entre los dos miembros de la pareja puede seguir distintas modalidades:

Por un lado, con el objetivo último de que el padre pueda acceder al cuidado del hijo desde el momento mismo del nacimiento, el permiso parental puede disfrutarse de forma simultánea con el descanso materno, incluso desde el primer día del alumbramiento, o de forma sucesiva, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud, supuesto en el cual no puede disfrutar el padre de aquel período <sup>122</sup>.

Por otro —y si se trata de un trabajador por cuenta ajena o funcionario público—, esos períodos de descanso pueden disfrutarse a «jornada completa o a tiempo parcial», lo cual abre la posibilidad (ya prevista en otros ordenamientos jurídicos como Francia, Países Bajos o Suecia) <sup>123</sup> de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada (pasando el trabajador a un régimen de tiempo parcial), y de que madre y pa-

<sup>120</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 55. Por si duda hubiere de la trascendencia del descanso postparto, «la muerte de hijo o hijos nacidos no priva del derecho al descanso». ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 230.

<sup>121</sup> MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I.: «Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre», *AL*, núm. 38, 2003, pág. 666.

<sup>122</sup> ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 230.

<sup>123</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 52.



dre se alternen durante el mismo período, y a media jornada, en los cuidados correspondientes <sup>124</sup>.

Bajo tales premisas y de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1251/2001, el disfrute a tiempo parcial del permiso por maternidad se ajustará a las siguientes reglas <sup>125</sup>:

- a) El derecho no se concede a los trabajadores con carácter absoluto, sino que en todo caso es imprescindible el acuerdo previo con el empresario <sup>126</sup>, de forma que las discrepancias serán resueltas (aunque el precepto no lo dice) por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial, preferente y sumario que finalizará con sentencia firme (art. 138 bis LPL). De ello cabe inferir —obviamente— que al empleador le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que el trabajador/a pretenda poner el disfrute del permiso en práctica bajo el mero pretexto de alegar perturbaciones en la organización productiva.
- b) Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, si bien —y como es lógico— en el caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas inmediatas al mismo, pues serán de descanso obligatorio.
- c) El período durante el cual se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, por lo que podrá superar las semanas previstas para el caso de que el régimen de descanso se disfrute a jornada completa.
- d) El disfrute del permiso bajo esta modalidad será ininterrumpido, de forma que una vez acordado con el empresario sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el titular de la organización empresarial y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud y la del menor.
- e) Durante el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las ne-

<sup>124</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 30.

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre», cit., págs. 93 y ss.

<sup>126</sup> El acuerdo puede celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior extendiéndose a todo el período de descanso o a parte del mismo. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores», *RL*, núm. 7, 2004, pág. 41.

- cesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
- f) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.
  - g) El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del art. 37 ET (lactancia y nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado) y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo precepto. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el apartado 3 del art. 46 del mismo texto legal.
  - h) En fin, la base de cotización vendrá determinada por los dos sumandos siguientes: de un lado, la base reguladora del subsidio por maternidad, reducida en proporción inversa a la minoración que haya experimentado la jornada laboral; de otro, las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

En definitiva, esta posibilidad de elegir entre jornada completa o a tiempo parcial puede ser adoptada tanto en caso de disfrute exclusivo de la madre como compartido con el padre. Más aún, es perfectamente posible que pueda optarse por un disfrute mixto, de manera que un cierto período sea a tiempo completo y otra parte a tiempo parcial. También parece posible que la madre y el padre opten por una modalidad diferente en caso de disfrute conjunto, la primera a jornada completa y el segundo a tiempo parcial o viceversa. Así, en virtud de la conjunción de las diferentes modalidades previstas en el ordenamiento jurídico, podrían adoptarse las siguientes posibilidades: a) disfrute sólo materno, bien a jornada completa, bien a tiempo parcial o bien mixto; b) disfrute conjunto de ambos progenitores bien a jornada completa bien a jornada parcial; c) disfrute conjunto de ambos progenitores, pero uno de ellos a jornada completa y el otro a tiempo parcial; d) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando cada uno de ellos por un disfrute mixto (parte a tiempo parcial y parte a jornada completa); e) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando uno de ellos por una modalidad (jornada completa o a tiempo parcial) y el otro por un disfrute mixto. Todo ello sin olvidar, en último extremo, el hecho de que el disfrute conjunto puede ser sucesivo o simultáneo <sup>127</sup>.

<sup>127</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo. El régimen de su armonización*, cit., págs. 95-96.

Con todo, este conjunto de posibilidades no soluciona de forma satisfactoria el grave problema (ya planteado anteriormente) que tendría lugar cuando el estado de salud de la madre le impidiera hacerse cargo del cuidado del hijo <sup>128</sup>, máxime cuando la solución alternativa, la concurrencia de la situación de suspensión materna con la de excedencia paterna, tampoco resulta suficiente, ya que la excedencia no es remunerada y su disfrute supondría una disminución notable de los ingresos de la familia en un momento en que los gastos incrementan <sup>129</sup>. El mantenimiento tras la reforma, en la que no incide el Real Decreto 1251/2001, de una situación normativa tan deplorable indica a las claras, de un lado, que pese al título de la norma, el cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusivamente femenina, que la obliga a asumir situaciones casi heroicas, no sólo a costa de sus condiciones laborales sino incluso de su propia salud; de otro lado, que se aplican a la situación de maternidad, tan claramente objetivizada como difícilmente fraudulenta y necesitada actualmente de promoción, los mismos presupuestos de presunción de fraude que se predicán de prestaciones que atienden a situaciones bien diferentes <sup>130</sup>.

Por otra parte, la posibilidad de disfrute de la suspensión a tiempo parcial tiene sin duda un carácter positivo tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre, como del reparto de responsabilidades familiares, pero, inexplicablemente, se condiciona al acuerdo individual con el empresario, lo cual, de un lado, no sucede —al menos formalmente— con otros derechos de conciliación reconocidos en la Ley <sup>131</sup> y, de otro, obliga a presumir que el desacuerdo determina el mantenimiento del sistema tradicional de la interrupción total de la actividad profesional <sup>132</sup>.

En fin, únicamente resta por señalar una precisión adicional: es necesario reconocer también el derecho al disfrute a tiempo parcial a los traba-

<sup>128</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)», *RL*, núm. 18, 1999, pág. 4.

<sup>129</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», cit., pág. 56.

<sup>130</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25. Afortunadamente la STJCE 411/96, de 27 de octubre de 1998, asunto *Boyle*, ha considerado contraria al Derecho Comunitario una cláusula contractual que impide a una mujer británica acogerse a una situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el permiso de maternidad, salvo que opte por reintegrarse al trabajo y terminar definitivamente el descanso por maternidad.

<sup>131</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», cit., pág. 56.

<sup>132</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», cit., pág. 83.

jadores por cuenta propia, superando el fantasma de una posible utilización fraudulenta no justificada en ningún caso <sup>133</sup>.

### 3.2. Suspensión por filiación no biológica

La configuración de la maternidad y paternidad adoptivas, así como el acogimiento, como circunstancias determinantes de la suspensión del contrato de trabajo, responde al reciente criterio político-legislativo de superar la concepción meramente biológica de la maternidad, suponiendo un paso hacia adelante en la ampliación de los bienes jurídicos protegidos por la norma jurídico-laboral. De hecho, la subsunción de la adopción y del acogimiento de menores en el ámbito de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se constituye en paradigma de ese nuevo modelo de maternidad, más amplio, menos centrado en la faceta física y biológica, y más abierto a la valoración de la atención y cuidado del menor, así como a los aspectos afectivos, relacionales, familiares y sociales que, por su dificultad y complejidad, y por comunes a la constitución de toda relación de filiación —ya sea natural o por adopción— adquieren, per se, una importancia capital, equiparada a la protección biológica del fenómeno generativo; la protección del hijo y de su adecuada y satisfactoria incorporación a la familia, así como la correcta «cimentación» de las relaciones paterno/materno-filiales, todo ello contemplado desde la perspectiva de la corresponsabilidad varón-mujer frente a tales funciones, constituyen bienes jurídicos de primer orden, también en la rama social del Derecho, en la medida que interactúan directamente con el desempeño por el/la trabajador/a, padre o madre, de una actividad laboral. La filiación adoptiva, derivada de un acto jurídico y no de un hecho biológico, queda, por ello, despojada en absoluto de cualquier connotación fisiológica y se convierte en ejemplo de esa nueva «parentalidad» amparada por la norma laboral, tanto en lo que se refiere a los bienes protegidos cuanto al reconocimiento de un derecho originario y autónomo a la suspensión contractual para ambos, padre y madre trabajadores, en justa correspondencia con la corresponsabilidad de uno y otro frente a las necesidades del nuevo hijo <sup>134</sup>.

<sup>133</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 161.

<sup>134</sup> GARRIGUES JIMÉNEZ, A.: «Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto de fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquélla», cit., pág. 82.

### 3.2.1. *Ámbito de aplicación: la exclusión del acogimiento simple*

Desde tal perspectiva, el ET (tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, por lo que aquí interesa, hizo coincidir los supuestos de hecho filiación biológica-adoptiva-acogimiento como causas que dan lugar a la suspensión y al subsidio de Seguridad Social por maternidad, reflejando la tendencia de aproximación de la legislación española al *employed-mother-model*<sup>135</sup>, tomado como referente también por otras muchas legislaciones<sup>136</sup>) no limita su cobertura en este ámbito a la procreación biológica, sino que incluye dentro de las causas de suspensión del contrato la adopción y el acogimiento (art. 48.3 párrafo 3.º)<sup>137</sup>.

En tal sentido, uno de los principales bloques de novedades (no exento de críticas) contenido en la Ley 39/1999 (y en su desarrollo reglamentario) afecta a la suspensión contractual en los casos de filiación no biológica<sup>138</sup>. Con este nuevo régimen jurídico, se introducen una serie de medidas que tratan de favorecer una mayor conexión del adoptado o acogido con su nueva familia, a fin de conseguir la integración de aquél en el nuevo entorno. Persiguiendo este objetivo, se articulan las medidas necesarias para que la prestación de trabajo retribuido por los padres, fuera del hogar, no suponga trabas a la consecución de tales finalidades<sup>139</sup>.

Se añade una nueva situación no contemplada en la legislación anterior (que puede posibilitar la suspensión del contrato de trabajo y la prestación de la Seguridad Social —art. 2.2 RD 1251/2001—)<sup>140</sup>, cual es el acogimiento familiar permanente, recogiendo las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de reforma del Código Civil y

<sup>135</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., pág. 5828.

<sup>136</sup> LEYRA, A.: *Welfare states and working mothers. The Scandinavian experience*, Cambridge (Cambridge University Press), 1992.

<sup>137</sup> HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, A.: «Acogimiento de menores ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?», AS, núm. 18, 1997, págs. 20 y ss. Por extenso, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, págs. 47 y ss.

<sup>138</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., págs. 41-42.

<sup>139</sup> MOGARDO PANADERO, P.: «La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida laboral y familiar», cit., pág. 53.

<sup>140</sup> Correlativamente, el nuevo art. 133 bis LGSS incluye también esa referencia en relación con las situaciones protegidas por la prestación de maternidad. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 6.

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y terminando con la polémica respecto a si eran objeto de protección situaciones distintas del acogimiento preadoptivo<sup>141</sup>.

Ahora, «únicamente el acogimiento simple queda excluido de protección»<sup>142</sup>, lo cual puede encontrar justificación —harto criticable— en el hecho de que este tipo de acogimiento puede dar lugar a una compensación económica en favor de los acogedores (art. 173.2.5.º CC). «En un terreno *de lege ferenda* la solución vendría por una declaración de incompatibilidad de la prestación por maternidad con la compensación económica por acogimiento, caso de existir. Pero carece de justificación negar también al acogedor la posibilidad de suspender su contrato de trabajo, dado que esta institución está pensada para ocuparse del menor mientras dure la situación de acogimiento»<sup>143</sup>.

### 3.2.2. *Sujeto causante*

Aun cuando se amplía la edad del menor adoptado que pasa a ser de seis años, frente a los cinco anteriores, existen supuestos de adopción o acogimiento de menores, con edad superior a los seis años, en los que también se tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo, como son la adopción o el acogimiento de menores (pero mayores de seis años) incapacitados o minusválidos, así como la adopción o el acogimiento de menores (también mayores de seis años) que, por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan dificultades de inserción social y familiar, siempre y cuando tales circunstancias estén debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, donde se constate, de forma objetiva, que ese menor tiene especiales dificultades de inserción y qué causas motivan tales dificultades<sup>144</sup>.

Cierto es que el art. 2.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, de un lado, que el menor ha de tener menos de 18 años, y, de otro,

<sup>141</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 26.

<sup>142</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», *RTSS (CEF)*, núm. 201, 1999, pág. 63. En este sentido, STSJ Madrid 6 mayo 1999 (Ar. 1948). Alguna sentencia más reciente considera, sin embargo, que debe quedar incluido el acogimiento en general, STSJ Murcia 14 noviembre 2000 (*RTSS —CEF—*, núm. 215, 2001, págs. 231 y ss.).

<sup>143</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999, pág. 85.

<sup>144</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», cit., pág. 63.





que el grado de minusvalía exigida ha de ser igual o superior al 33 por 100 acreditado por resolución administrativa, pero no menos cierto resulta que, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, se trata de «situaciones que generan una cierta indeterminación jurídica en sus condiciones de acceso; así, por ejemplo, siguen sin identificarse cuáles pueden ser las especiales circunstancias y experiencias personales en que se encuentre el menor y no se señala cómo pueden acreditarse las especiales dificultades de inserción social, delegando esta materia a la decisión del órgano administrativo o judicial competente»<sup>145</sup>.

### 3.2.3. *Extensión temporal*

La duración del permiso se extiende hasta hacerlo coincidir con el previsto para los hijos biológicos (dieciséis semanas, incluyéndose la ampliación para los supuestos múltiples)<sup>146</sup>, unificándose en seis años el límite de edad de los hijos para tener derecho al descanso<sup>147</sup>. Se ha producido, por tanto, una doble parificación en la duración del permiso: comparativa (respecto de los hijos biológicos) e interna (atendiendo a la edad del menor, pues se elimina la distinta duración que anteriormente tenían los permisos, según que el sujeto causante fuera menor de cinco años o de nueve meses)<sup>148</sup>.

Tal equiparación debe de ser calificada como positiva en aras de una mayor seguridad jurídica, pero no porque la situación anterior resultara discriminatoria para los padres e hijos adoptivos o acogidos frente a los padres e hijos biológicos, pues los supuestos tutelados no son equiparables, y, por lo mismo, no exigían forzosamente idéntico tratamiento legal: en la maternidad biológica el bien jurídico protegido es complejo, no en vano comprende tanto la adecuada recuperación de la salud de la madre tras el parto como el cuidado del hijo y la necesidad de establecer una relación de convivencia entre madre (o padre) y recién nacido; en la filiación adoptiva, el

<sup>145</sup> VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 56.

<sup>146</sup> En este sentido, con anterioridad a entrada en vigor de la Ley 39/1999, SSTSJ Cataluña 30 noviembre 1998 (Ar. 6921) ó Castilla y León 15 marzo 1999 (Ar. 636).

<sup>147</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 109.

<sup>148</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», AS, núm. 20, 2000, pág. 20.

interés tutelado es exclusivamente el fortalecimiento de la relación familiar y la atención del hijo, que no siempre será un recién nacido <sup>149</sup>.

Por lo demás, el término inicial del cómputo del permiso se establece de manera alternativa para el trabajador/a: o en la decisión de acogimiento o en la de adopción <sup>150</sup>; realmente lo que quiere significar el precepto es que por el mismo sujeto causante (por utilizar la terminología de la Ley) no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción, «pues supondría una duplicación de medidas con idéntico objeto y la finalidad perseguida (la adaptación del niño a su nueva realidad familiar) ya se habrá cubierto por el disfrute de la suspensión por acogimiento» <sup>151</sup>.

Sí existe, sin embargo, una muy concreta regla para el supuesto, cada vez más frecuente, de la adopción internacional: se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la misma (art. 4.1 RD 1251/2001), evitando con ello lo que en otro caso pasaría por la necesidad de acuerdo con el empresario de utilización de figuras previstas para otras finalidades: por ejemplo, el adelanto del disfrute del período de vacaciones.

Pese a la bondad de esta previsión, no dejan de suscitarse algunas dudas al respecto: En primer lugar, no quedan definidos legalmente los criterios a utilizar para la determinación de la necesidad o no de desplazamiento de los adoptantes, esto es, si sólo cabe el desplazamiento que sea condición *sine qua non* para la adopción o, por el contrario, encaja también la percepción subjetiva de los adoptantes y su interés en realizar el viaje <sup>152</sup>. En segundo término, esa anticipación comporta la posibilidad de que se inicie una suspensión por adopción finalmente no consumada, lo que determinará el cese de la suspensión y de la prestación correspondiente pero, salvo que hubiere mediado mala fe o fraude, ninguna otra consecuencia desfavorable para el trabajador/a <sup>153</sup>. En tercer lugar, el cómputo de las cuatro semanas a

<sup>149</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 109. En la doctrina judicial, STSJ Baleares 24 marzo 2004 (JUR. 170885).

<sup>150</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L.: «La Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: a modo de nota informativa», *Aranzadi Laboral*, núm. 2, 1999, pág. 3.

<sup>151</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 27.

<sup>152</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 104.

<sup>153</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.



efectos de la duración del período de suspensión no deja de ser criticable, pues el tiempo de desplazamiento y presencia minusvalora el bien jurídico protegido que no es otro que la dedicación al cuidado e integración del adoptado, razón por la cual el período de licencia debería ampliarse por el tiempo de presencia requerido, con el límite lógico de cuatro semanas <sup>154</sup>.

Obviamente, se equipara a las españolas el valor de las resoluciones extranjeras en materia de adopción y acogimiento a efectos de la aplicación de lo establecido en la propia Ley 39/1999 y en el Real Decreto que la desarrolla (art. 2.2 RD 1251/2001) <sup>155</sup>.

### 3.2.4. *Distribución del período de asueto*

Si ambos progenitores trabajan, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, a jornada completa o parcial, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo —art. 4.1 RD 1251/2001—) <sup>156</sup>, lo cual hace suponer que la adopción ha sido realizada por ambos, pues si sólo fuera adoptante uno de ellos, éste sería el único incluido en el ámbito del precepto <sup>157</sup>.

De la literalidad y de la *ratio legis* del precepto cabe deducir, además, que cuando uno de los progenitores no trabaje, el padre o la madre trabajador/a no tendría derecho a suspensión o permiso, pues la finalidad del beneficio se entendería suficientemente cubierta por uno de los progenitores, sin que ello prejuzge para nada el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La decisión en cuanto a quién deba disfrutar el permiso y cómo es algo que se deja al «gobierno» de la intimidad familiar, atendiendo a los intereses y necesidades personales de cada pareja <sup>158</sup>, teniendo en cuenta, además,

<sup>154</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 103.

<sup>155</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 58.

<sup>156</sup> PASCUAL ALLEN, C.: «Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Información Laboral*, núm. 26, 1999, pág. 30.

<sup>157</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., pág. 5828.

<sup>158</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *RL*, 1989, Tomo II, pág. 19 o ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, pág. 91.

que no se distingue entre período voluntario y obligatorio (no existe riesgo para la salud de la madre)<sup>159</sup>. En estos casos, al no existir un hecho biológico análogo a la maternidad, la pertenencia a uno u otro sexo resulta irrelevante en orden a determinar la titularidad del derecho: afortunadamente, corresponde tanto al varón cuanto a la mujer con tal que trabajen<sup>160</sup>.

No obstante, se produce un clamoroso silencio del legislador sobre las consecuencias del fallecimiento de uno de los adoptantes antes o durante el disfrute del período suspensivo, debiendo interpretarse que (dado el expreso propósito normativo de equiparar las consecuencias iuslaborales de la adopción y las de la maternidad biológica), ante tal eventualidad, el disfrute del período suspensivo que pudiera restar al fallecido (y, como en la maternidad natural, también su titularidad) pase inmediatamente al adoptante su-pérstite<sup>161</sup>.

En fin y como no podría ser de otra forma, al igual que en la suspensión o permiso por maternidad biológica, el trabajador/a adoptante o que acoja a un menor en su familia que reúna los requisitos legales exigidos podrá beneficiarse de las prestaciones económicas previstas para aquella contingencia, en el bien entendido sentido de que las «referencias legales al momento del parto, se entenderán hechas a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o a la de la resolución judicial por la que se constituya la adopción»<sup>162</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL: LA NECESARIA INTRODUCCIÓN DE UN PERMISO POR «PATERNIDAD»

Al calor de las reflexiones anteriores, merece la pena llamar la atención sobre la necesidad de introducir ciertas modificaciones en el diseño actual de la protección jurídica de la maternidad con el fin de eliminar ciertas disfunciones detectadas en su decurso. Así, en primer lugar, es preceptivo erradicar el fantasma de presunción de fraude que rodea a la situación de maternidad, flexibilizando los requisitos de acceso a la prestación para evitar situaciones de desprotección. En segundo término, tampoco cabe olvi-

<sup>159</sup> RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 131.

<sup>160</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

<sup>161</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 105.

<sup>162</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados clarosucos», cit., págs. 103 y ss.

dar cómo en el caso de filiación biológica existe una clara preferencia por la madre en el disfrute del permiso, a diferencia de lo previsto para el caso de adopción o acogimiento, donde la situación es de absoluta igualdad<sup>163</sup>. Incomprensiblemente, recibe mejor trato el adoptante (aun cuando faltan previsiones específicas para la hipótesis en que los interesados no lleguen a un acuerdo sobre el modo del disfrute del permiso<sup>164</sup>) que el padre biológico, pues éste sólo podrá acceder por derivación y en caso de que la madre también renuncie a este derecho<sup>165</sup>.

Es más, el alcance de la reforma de la protección jurídica de la maternidad natural no resulta tampoco espectacular, pues aun cuando se amplía la posibilidad del reparto del permiso de maternidad entre ambos progenitores cuando ambos trabajen, flexibilizándose la forma en que puede ejercitarse, lo cierto es que la Ley 39/1999 y el Real Decreto 1251/2001 que la desarrolla no han conseguido configurar el permiso por paternidad como un derecho individual y autónomo del padre; antes al contrario, continúa siendo un derecho derivado y accesorio de la madre, que sigue siendo la única y exclusiva titular del mismo, de modo que si ésta no trabaja o no tiene derecho al disfrute del permiso o no accede a que el padre disfrute de parte del período de descanso materno, éste no tendrá derecho a permiso alguno<sup>166</sup>, no en vano —y como con acierto se ha dicho— «facilitar el disfrute por el padre no es igual que incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos y no parece que esta flexibilización haya producido *per se* un incremento masivo de los supuestos en que el padre solicite total o parcialmente el disfrute del permiso»<sup>167</sup>.

En consecuencia, la desprotección del varón resulta también harto notoria, en especial en los supuestos de nacimiento de un hijo biológico, ya que, al margen del permiso de dos días naturales del art. 37.3 b) ET, carece de un derecho propio que le permita establecer vínculos de convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su retribución.

<sup>163</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 51 y 52.

<sup>164</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

<sup>165</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», cit., pág. 93.

<sup>166</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 108.

<sup>167</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 55. En efecto, los datos estadísticos hablan por sí solos, no en vano el Informe sobre licencias familiares ofrece el siguiente balance: desde el año 2000 al 2004, los porcentajes de participación paterna han sido respectivamente del 0,97%, 1,31%, 1,48%, 1,52% y 1,63% ([www.institutodelamujer.es](http://www.institutodelamujer.es)).

La única posibilidad que se le ofrece queda mediatizada por la decisión de la madre de cederle parte de las semanas de suspensión del contrato por maternidad, a la que, además, se le exige ser trabajadora o desarrollar una actividad incluida en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social. Sería conveniente, por tanto, conseguir una ecuación más conciliada entre trabajo y familia, introduciendo el denominado «permiso por paternidad» de exclusiva titularidad masculina y de carácter no transferible, cuya duración podría oscilar entre dos y cuatro semanas, siendo su ubicación temporal variable, bien inmediatamente después de los períodos de descanso y licencia por maternidad, bien constituirse como un crédito de días utilizables de forma ininterrumpida hasta que el hijo cumpla los doce meses<sup>168</sup>.

Con ello se conseguirían cuatro objetivos claros: primero, se incorporaría una verdadera corresponsabilidad para el padre en las tareas domésticas y en las responsabilidades familiares derivadas de un nacimiento; segundo, la maternidad trasladaría a la empresa una consecuencia laboral semejante para el padre y para la madre, como es la interrupción laboral de su trabajo; tercero, la maternidad-paternidad sería asumida por la pareja en todas sus dimensiones y efectos, equiparando al hombre con su mujer en las consecuencias de una decisión común; y cuarto, se eliminaría la hipoteca laboral que pesa sobre las mujeres por su función reproductora en el ámbito de las organizaciones empresariales.

<sup>168</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: *50 propuestas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 74