

**La naturaleza  
del Permiso parental  
remunerado a la luz de la  
doctrina jurisprudencial  
de la Sala de lo Social  
del Tribunal Superior  
de Justicia del País Vasco  
y de la reciente Ley 39/1999  
de 5 de noviembre, para  
promover la conciliación de  
la vida familiar y laboral  
de las personas trabajadoras**

MYRIAM ENRÍQUEZ DOMÍNGUEZ  
Abogada



D E R E C H O

A U T O N O M Í A S



## I. PREÁMBULO

Si hemos de atenernos a la literalidad del título que acompaña a la recientemente aprobada Ley 39/1999 de 5 de noviembre parecería que la misma ha venido a culminar una progresiva reforma de la legislación laboral en la línea de favorecer con medidas de protección cada vez más avanzadas las necesidades familiares socialmente más relevantes cuáles son el cuidado de hijos e hijas –con independencia de su carácter de biológicos o adoptados– y el cuidado de familiares más directos con enfermedades graves o personas ancianas.

La evidencia de que ha sido –y sigue siendo– la mujer, la que en las familias aporta casi en exclusiva su esfuerzo a estas necesidades, sacrificando incluso con ello su propio desarrollo profesional, que es tanto como decir personal, ha llevado a las organizaciones sociales con una mayor sensibilidad en estas cuestiones a reivindicar la construcción de un marco jurídico que permita a las personas intercambiar dentro de una misma familia el desempeño de las funciones anteriormente señaladas, con objeto de favorecer el acceso del sexo masculino a los paréntesis profesionales que el desempeño de estas actividades exigen, y a permitir que tal desempeño sea una cuestión de elección, y no de obligación.

## II. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL PERMISO PARENTAL REMUNERADO

La recientemente aprobada Ley 39/1999 de 5 de noviembre ofrece múltiples aspectos merecedores de atención, pero interesa aquí centrarse en una cuestión muy concreta cuál es el denominado por la misma Ley “Permiso por maternidad y paternidad”.

Entre la opinión pública se ha extendido erróneamente la especie de que uno de los cambios más novedosos y avanzados que ofrece la nueva Ley para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras es el de que permite a los progenito-

res –padre y madre– disfrutar indistintamente de las últimas diez semanas de las dieciséis que constituyen el permiso por maternidad. La nueva Ley parece que aporta incluso la novedad importantísima de que madre y padre pueden llegar a disfrutar de este permiso de manera simultánea si así lo decidieran.

En este sentido la redacción de la norma legal en sus artículos 5º –en lo referente a personas trabajadoras– y 20º –por lo que se refiere a las funcionarias y funcionarios públicos– establece que “En el supuesto de parto, la suspensión –del contrato de trabajo– tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida... El período de suspensión se disfrutará a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de la seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud”.

Sin embargo hay que decir que el tenor literal del artículo que nos ocupa no ha variado sustancialmente respecto del anterior marco jurídico. Es más, reproduce de modo idéntico el anterior régimen legal con alguna novedad referida a la cantidad de tiempo de que puede disfrutar el padre –pasa de cuatro a diez semanas– y al hecho de que el disfrute de este permiso se puede simultanear por ambos progenitores –reduciéndose en este caso el tiempo total de disfrute en idéntica proporción–.

La identidad de tratamiento entre el anterior régimen legal y la reforma del año 99 en lo que se refiere al permiso parental remunerado es lo que constituye precisamente el “quid” del problema que aquí nos ocupa.

En ambos casos se presenta el permiso parental como un derecho de la madre al que ésta puede renunciar bajo ciertas condiciones cediendo una buena parte del mismo al padre.

Una articulación del permiso como la que describimos no es banal, como ya veremos, en la aplicación concreta de la Ley.

Por otra parte, la letra del artículo reformado debe ponerse en relación con la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, Exposición de Motivos que orienta respecto a la interpretación que debe darse al tenor literal del mismo. Concretamente cuando dice que:

■ “La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición”.

Continúa la Exposición de Motivos señalando que “En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2 atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social”.

Por otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley no da lugar a dudas cuando expresa que se hace necesario “configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada”.



Todo ello además en un marco internacional tendente a favorecer y fomentar una armonización de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.

En el mismo sentido, la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, “relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres”.

Termina la Exposición de Motivos haciendo alarde de la innovación importante que supone esta Ley al facilitar a los hombres “el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad”.

Afirmación esta última que ha de entenderse a la luz de lo que la propia Ley expresa cuando en la misma Exposición de Motivos se señala que la Ley “Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo, y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres”.

### III. LA DENEGACIÓN DEL PERMISO POR PATERNIDAD: PADRES EXCLUIDOS

El repaso del artículo referente a los permisos por maternidad y paternidad y su puesta en relación con la Exposición de motivos tiene una importancia crucial si se examina –como en definitiva interesa– bajo el prisma de la aplicación concreta de la Ley y su efectividad en los supuestos de la vida cotidiana.

De facto resulta difícil pensar que con una tan completa, coherente y seria asunción de un compromiso en favor del cambio social se pueda realmente crear una norma de aplicación restrictiva. Sin embargo esto es lo que realmente ocurre en la aplicación concreta del artículo que nos interesa.

Contra lo que pudiera parecer, vista la declaración de intenciones de la Exposición de Motivos de la Ley, en la aplicación de este artículo se viene realizando por la Administración del Estado respecto de sus propios trabajadores una interpretación restrictiva del derecho de los mismos (los padres, que no las madres) al disfrute del permiso por paternidad.

De esta manera, tanto con el anterior marco jurídico como al amparo de la nueva Ley, cuando un funcionario –o empleado laboral de la

Administración– en activo cuya mujer trabaja como abogada –o Procuradora, o, en todo caso, fuera de la cobertura de un régimen de protección público– solicita el disfrute del permiso por paternidad la Administración deniega al padre tal derecho con el argumento de que “Una interpretación literal de las citadas normas exige que la madre se encuentre incluida en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en el de la Ley 30/1984 citada, aún cuando atendiendo a la finalidad de la norma se extienda este derecho a los trabajadores autónomos afiliados a la Seguridad Social”.

Así, la Administración viene realizando una interpretación restrictiva considerando que se produce una transferencia del derecho de la mujer al hombre, y entendiéndose que supuesto que la madre no se halla afiliada a un régimen que reconozca el derecho a un permiso remunerado por maternidad, no puede transmitir al padre ese derecho a través de su opción.

La ambigua redacción del artículo –como vemos– propicia interpretaciones que pueden llegar a ser contradictorias con lo expresado en la Exposición de motivos de la propia Ley.



#### IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La interpretación mantenida por la Administración –incluso contra la intencionalidad evidente de la nueva Ley, que no parece permitir interpretaciones restrictivas en relación con la misma– ha recibido una acogida desigual ante las diferentes jurisdicciones dónde se ha visto recurrida –notoriamente Juzgados de los Social y Contencioso-administrativos–. Y decimos desigual porque hay Tribunales en los que el criterio retractor ha sido aceptado de plano y sin embargo otros dónde se ha enmendado a la Administración y su argumento.

Entre estos últimos queremos llamar la atención de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que ha tenido ocasión de resolver en varias ocasiones sobre la cuestión que nos ocupa y que ha consolidado un criterio jurisprudencial –incluso en el marco jurídico anterior– según el cual la restricción establecida por la Administración no puede admitirse.

Las resoluciones que vamos a ver, con todo y a pesar de reconocerse en una línea que no es unánime, tienen especial interés por el desarrollo exhaustivo y de impecable lógica jurídica de sus considerandos que traen además criterios del Tribunal Supremo notoriamente referidos a la cuestión.

En efecto, en la Sentencia de 9 de febrero de 1999, Núm. 360/1999 y la posterior de 16 de noviembre del mismo año, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco han mantenido frente al argumento de la Administración del Estado, que la recta interpretación del precepto relacionado con el permiso por maternidad, “no conlleva el que se requiera que ambos padres deban estar vinculados por contrato de trabajo...”.

Entrando ya directamente a desmenuzar los Fundamentos de Derecho de la Sala al establecer el derecho del padre a obtener el permiso por paternidad con independencia de la situación de la madre, señalaremos que

tras establecerse por el ponente el marco jurídico que va a servir de base para la formación de la resolución, se abordan los siguientes aspectos:

**1** En primer lugar la Sentencia establece que la normativa de las Leyes de Aplicación (Estatuto de los Trabajadores o Ley para la Reforma de la Función Pública), se debe aplicar al contrato de trabajo –o relación estatutaria– del interesado en ejercitar tal derecho y su empleador. Así, continúa, “La entidad gestora deberá o no declarar como protegida tal situación y conceder o denegar la prestación económica instada en base al citado Capítulo IV bis de la Ley General citada” –Ley General de la Seguridad Social–.

Esto es, lo primero que se debe analizar para determinar si al demandante le corresponde el permiso por paternidad es qué relación hay entre quien solicita y quien emplea. Evidentemente debe tratarse de una situación de contrato de trabajo o estatutaria.

**2** En segundo lugar, y en relación con lo anterior, entiende la Sala que las condiciones del derecho al permiso por paternidad se regulan en un conjunto de normas de la Ley General de la Seguridad Social y del Estatuto de los Trabajadores, que se completan entre

ellas de modo que en el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, intitulado “situaciones protegidas”, se fijan las mismas y su duración, considerando como tales la maternidad, la adopción y el acogimiento previo, estableciéndose su duración de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, al que alude el citado artículo 133 bis. Así pues, la referencia a la norma estatutaria se realiza en el marco de la duración de la situación de permiso, y sólo en él, ya que el establecimiento de los requisitos exigidos para acceder a la prestación se realiza en el artículo 133 ter de la misma Ley General de la Seguridad Social, intitulada beneficiarios, según entiende la Sala en la Sentencia que nos ocupa.

Interesa aquí determinar si el solicitante cumple o no los requisitos que la Ley determina para ser beneficiario de la prestación (alta o asimilado y tiempo de carencia).

**3** Según el anterior razonamiento, no debe exigirse que padre y madre deban estar vinculados por contrato de trabajo, como pretende la Administración. Argumento que corrobora el hecho de que la Disposición Adicional Undécima bis de la misma Ley General de la Seguridad Social, fija la aplicabilidad de dicha normativa del régimen general a los regímenes especiales en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el Capítulo IV bis del Título II de tal Ley. De esta manera la normativa se extiende a otros colectivos con regímenes diferentes al General de la Seguridad Social, como el Especial de Trabajadores Autónomos o incluso, por qué no, profesiones liberales encuadradas en Mutualidades profesionales, siendo contradictoria con esta expresa vocación de universalización de la ley la pretensión de la Administración de condicionar el derecho de un beneficiario a que su cónyuge esté incluido en un régimen concreto de la Seguridad Social.

**DE FACTO RESULTA DIFÍCIL PENSAR QUE CON UNA TAN COMPLETA, COHERENTE Y SERIA ASUNCIÓN DE UN COMPROMISO EN FAVOR DEL CAMBIO SOCIAL SE PUEDA REALMENTE CREAR UNA NORMA DE APLICACIÓN RESTRICTIVA.**



4

Por último, y ya que de interpretación se trata, al exigir la Administración un requisito adicional no establecido expresamente por la Ley, se detiene la Sentencia a considerar un, a nuestro entender, valioso argumento que muestra una sensibilidad muy acorde con las exigencias sociales del momento. Argumento que además anticipa de manera muy clara la voluntad que luego la legislación expresa en la Ley de Conciliación Laboral y Familiar, al menos en la Exposición de Motivos de dicha Ley y que hemos tenido oportunidad de ver más arriba. La Sentencia dice que “...no se alcanza a saber la razón que justificase la interpretación señalada en la resolución combatida de imponer tal adicional requisito, mientras que la postulada supone una interpretación más cercana a principios

imperantes en la actualidad, tales como el de la participación del padre en la atención de integral del hijo, integración de la mujer en el mundo laboral, la asunción compartida de las cargas familiares, en definitiva la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución) y es una vía más de protección social de la familia que se ha de asegurar por los poderes públicos, según se fija como principio rector de la política social y económica en el artículo 39 de la misma, principios que han de ser considerados también al determinar el sentido y el contenido de la norma jurídica... (artículos 9.1 y 53.1 y 53.3 de la Constitución y 3.1 del Código Civil)”.

Por su parte este Tribunal ha tenido oportunidad de consolidar una doctrina jurisprudencial como pone de manifiesto la Sentencia de la misma Sala de 16 de noviembre de 1999 que, ante la denegación por parte del INSS a un trabajador del Servicio Vasco de Salud del permiso por paternidad con el argumento de que “la opción de descanso laboral y cobro de la prestación en favor del padre es un derecho derivado en todo caso del reconocimiento de la prestación por maternidad no siendo esta última reconocida por estar su esposa afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía”, resuelve en el mismo sentido de la anterior aportando, si cabe, argumentos de contundente evidencia:

1

Así, señala en primer lugar que “desde la perspectiva de la regulación de la prestación económica, únicamente se exige reunir los requisitos de alta o situación asimilada y período carencial, remitiendo, en cuanto a la situación protegida, a los períodos de descanso a los que se tenga derecho, por razón de parto, acogimiento o adopción, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del contrato de trabajo o de la relación que mantienen los funcionarios públicos”. De esta manera, la Sentencia concluye que lo que hay

que dilucidar es si el demandante es titular de derecho a uno de esos períodos, al no cuestionarse por la Administración que cumple con esos requisitos específicos –porque se ha probado que los cumple– y concurrir en él la circunstancia de ser trabajador por cuenta ajena.

Señalando la Sentencia que la exigencia de que se trate de un trabajador por cuenta ajena o un funcionario, se cumplimenta con que uno de los progenitores se encuentre en tal situación. Y ello porque el artículo 48.4 del E.T. únicamente exige que ambos progenitores trabajen sin detallar cómo deban hacerlo.

2

Por otra parte y a juicio de la Sala, no hay duda de que la finalidad de la norma es la de “facilitar el cuidado directo del hijo por alguno de sus progenitores. Precisamente en casos como el de autos es donde mejor se aprecia esa necesidad, dado que la situación de la madre, trabajadora pero carente de protección económica por maternidad, dificulta que ésta pueda estar al cuidado de su hijo recién nacido, en tanto que ello le ocasiona un perjuicio económico relevante y puede dar lugar, si el padre estuviera en situación similar, a que el hijo quedara sin el cuidado directo de ambos”.

Tan contundente argumento no precisa comentario alguno, por lo que nos limitaremos a traer a esta relación la Sentencia de 7-10-1992 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón donde señala al resolver sobre la misma cuestión respecto del derecho que pretende un trabajador por cuenta ajena casado con afiliada al Régimen Especial de Autónomos que “...el hecho de que no pueda entrar en juego respecto de sí la suspensión del contrato o relación alguna no es óbice para que esta consecuencia se produzca respecto de su marido mediante el ejercicio de la oportuna opción para las cuatro últimas semanas, siempre que concurren las condiciones en éste para el disfrute de la prestación y de la

**EN DEFINITIVA EN TODAS LAS SENTENCIAS A QUE SE HA HECHO REFERENCIA APARECE UNA CONCEPCIÓN DE LAS NECESIDADES LABORALES Y FAMILIARES MUY CERCANA A LA SITUACIÓN REAL QUE VIVEN LAS PERSONAS DEL ÁMBITO SOCIAL Y CULTURAL OCCIDENTAL.**

**UN ÁMBITO EN EL QUE CADA VEZ MÁS LOS PADRES RECLAMAN SU DERECHO, A PESAR DE SU CONDICIÓN DE HOMBRES, A CUIDAR DE SUS HIJOS E HIJAS A TIEMPO COMPLETO...**



habilidad de la esposa para reintegrarse a su ocupación autónoma. Y si ello no ofrece dudas en el supuesto de excedencia para el cuidado de hijos... menos la debe ofrecer el que se ventila, si, además, como ya se ha dicho queremos preservar el derecho de la mujer y de los hijos dentro de los valores constitucionales respetando la dignidad de la primera y la adecuada atención de los segundos”.

En definitiva en todas las Sentencias a que se ha hecho referencia aparece una concepción de las necesidades laborales y familiares muy cercana a la situación real que viven las personas del ámbito social y cultural occidental. Un ámbito en el que cada vez más los padres reclaman su derecho, a pesar de su condición de hombres, a cuidar de sus hijos e hijas a tiempo completo, exigiendo también en nombre de su descendencia el derecho de ésta a ser cuidada por uno de sus progenitores durante los primeros meses de su vida, sin que ello signifique necesariamente una merma en los ingresos familiares ni la renuncia de la madre a su trabajo.

Lo cierto es que cuando ambos progenitores trabajen, esta claro que la doctrina jurisprudencial que hemos tenido ocasión de exponer aquí considera que cualquiera de los dos puede disfrutar del permiso parental remunerado, siempre con la limitación de que ello no llegue a afectar a la salud de la madre.

Por ello sorprende de modo especial que sea precisamente la Administración, qué en su condición de tal está obligada a realizar una interpretación extensiva de la ley invocada –porque ella más que nadie debe ser ejemplo para los demás estamentos sociales y laborales–, la que más cicatera se muestre a la hora de abordar los permisos parentales remunerados, denegando por sistema ese derecho a los padres de niños y niñas cuya madre trabaja aunque lo haga fuera de los regímenes de protección estatales como la Seguridad Social o Muface.

## V. EL MARCO LEGISLATIVO COMUNITARIO

En la base de estas diferentes interpretaciones de la Ley se encuentra la discrepancia en cuanto a la consideración del “permiso por paternidad” como un derecho individual del padre y la madre –criterio coincidente con una visión más progresista y menos sexista del papel de hombres y mujeres en la contribución al cuidado del hijo o hija–, o, por el contrario, como un derecho de la madre que ésta puede o no ceder al padre para que lo disfrute en su lugar.

Esta discusión, que tenía un sentido en el pasado al no estar objetivamente establecida la naturaleza del permiso parental, ha quedado a nuestro juicio zanjada a partir de la adopción por el Consejo de la Unión Europea de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

En el Punto 1 de la Cláusula 2 de esta Directiva, intitulada “Permiso Parental”, se establece que “...se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años...”.

Así pues, del tenor literal del precepto se desprende de modo indubitado que el derecho al permiso parental debe ser concebido en cualquier caso

como un derecho individual y propio de la persona trabajadora, y si la legislación española no ha hecho suyo este mandato comunitario y no lo ha plasmado en la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley incumple una Directiva Comunitaria, lo que la convierte en una norma vulnerable que necesariamente debe modificarse, al menos en este punto.

Si ello no llega a realizarse, nos veremos abocados a una sucesión de pleitos como única solución para tratar de restablecer situaciones individuales jurídicamente protegidas por la Directiva comunitaria.

## VI. CONSECUENCIAS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DERECHO: EL “PLUS” DE NO DISCRIMINACIÓN

Para finalizar, querríamos ir más allá en nuestra reflexión y abrir la puerta a una posibilidad todavía más sugerente que dejaremos como una cuestión abierta: Supuesto que no hay duda de que una mujer que trabaje y dé a luz puede disfrutar de su permiso por maternidad independientemente de que la condición de trabajador o no concurra en el padre ¿Acaso esta Directiva y el espíritu de la nueva Ley manifestado en su Exposición de Motivos no permitirían interpretar que al margen de la condición de trabajadora o no de la madre, el padre tendría igual derecho a un permiso parental remunerado?

Aquí dejamos esta cuestión para la reflexión general.

