

CAPÍTULO 57

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO “POR NACIMIENTO”: UN PASO MÁS PARA CONSEGUIR LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y FOMENTAR LA CORRESPONSABILIDAD

Ana M^a Moreno Márquez
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Una de las novedades que ha introducido el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (RDL 6/2019), ha sido la suspensión del contrato de trabajo “por nacimiento” de hijo o hija, que viene a sustituir la suspensión por maternidad y la suspensión por paternidad, equiparando, fundamentalmente, la duración del periodo de suspensión para ambos progenitores; a la vez que modifica la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por adopción, o guarda con fines de adopción o acogimiento. La finalidad que persigue el legislador es la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, así como el fomento de la corresponsabilidad entre progenitores en el cuidado de los hijos; aunque la equiparación no se ha hecho efectiva desde la entrada en vigor de la norma, sino que se ha establecido su aplicación de forma gradual hasta el 1 de enero de 2021, fecha en la que cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo por las causas señaladas. Pues bien, en este trabajo se estudiarán con detalle todos estos aspectos y los diferentes problemas que se plantean al respecto.

Palabras clave: nacimiento, cuidado del menor, igualdad, corresponsabilidad.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE REFERENCIA AL DIFERENTE TRATAMIENTO DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EN LAS NORMAS LABORALES PREVIAS Y SU JUSTIFICACIÓN

Como es sabido, progresivamente, se ha ido pasando de un modelo de familia en el que el padre es el que la sustenta económicamente y la madre la que se ocupa del cuidado de los hijos y de las tareas domésticas, a un modelo en el que, a pesar de la incorporación de la

mujer al mercado de trabajo, en mayor o menor medida, se han seguido manteniendo unos estereotipos sexistas, de modo que la mujer ha unido a su jornada laboral las labores destinadas a ese trabajo de cuidado y a las citadas tareas, y ello con independencia de los cambios culturales y normativos que se han venido produciendo en los últimos años. En este sentido, la ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, supuso un avance en esta materia, sobre todo por el hecho de que se adoptaron medidas al respecto, ampliando los derechos y estableciendo supuestos en los que podían ser ejercidos por los hombres, como ocurría, por lo que aquí interesa, con la suspensión del contrato por maternidad; pero, en la práctica, siguieron siendo las mujeres las que, de forma mayoritaria, los ejercían. Con la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, también se reguló la citada suspensión y se introdujo la suspensión del contrato por paternidad, aunque con una escasa duración, en concreto, de trece días, que, posteriormente, se fue ampliando hasta llegar a cinco semanas (DF trigésima octava de la ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado); una duración esta última que se ha mantenido hasta el 1 de abril de 2019. Suspensión del contrato en uno y otro caso, con reserva de puesto de trabajo, pero que conlleva dejar de prestar servicios y de percibir salario; de ahí que, en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, se contemplasen las consiguientes prestaciones económicas en las situaciones de maternidad y paternidad, tal y como se regulaban en los arts. 177 a 182 y 183 a 185, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), antes de su modificación por el art. 4 del RDL 6/2019.

El problema es que, a pesar de estos avances normativos, no ha existido un tratamiento uniforme en la regulación de la maternidad y la paternidad, por el contrario, como se verá, se han establecido unas claras diferencias al respecto, consolidando claramente los roles tradicionales. En un contexto en el que las labores de cuidado han sido asumidas mayoritariamente por las mujeres, se ha venido haciendo referencia a conciliación, más que a corresponsabilidad; lo importante ha sido compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales, pero el reparto de las mismas ha permanecido en el ámbito familiar, no ha habido una implicación por parte de otros sujetos, ni una verdadera intervención normativa al efecto. Es decir, el legislador ha adoptado medidas destinadas a facilitar la conciliación, pero esta se ha presentado como una responsabilidad de las mujeres, más que de los hombres, por lo que ha tenido unas claras consecuencias negativas para estas en la práctica, que se han visto perjudicadas en su carrera profesional, obligadas a realizar trabajos a tiempo parcial, o a abandonar su trabajo, cuando no han sido despedidas; lo que, a su vez, está relacionado con el mantenimiento de la brecha salarial (MARTÍNEZ GARCÍA, 2018: 21 y ss.).

Sin embargo, el propio TC no ha estimado que las diferencias en el régimen jurídico que han existido con respecto a esta materia, hasta su regulación por el RDL 6/2019, sean contrarias al principio de igualdad de trato (art. 14 CE), tal y como ha puesto de manifiesto en las sentencias 75/2011, de 19 de marzo y 111/2018, de 17 de octubre, ya que ha considerado

que los permisos de maternidad y paternidad tienen diferente finalidad. Así, para el TC la “finalidad primordial” en el supuesto de la maternidad biológica es “la protección de la salud de la mujer trabajadora”, a la que se suma la relativa a “la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”; tal y como también ha venido señalando el TJUE (sentencias de 12 de julio de 1984, caso Hofmann, 184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, asunto Boyle y otros, C411/96, apartado 40; de 20 de septiembre de 2007, asunto Kiiski, C116/06, apartados 46 y 49; y de 19 de septiembre de 2013, asunto Betriu Montull, C5/12, apartados 48-50). Sin embargo, para el TC el permiso de paternidad obedece a una finalidad diferente como es “la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos”. De este modo, considera que no cabe exigir la equiparación de estos permisos, ya que, aunque los progenitores deban corresponsabilizarse en el cuidado de los hijos, como establece el art. 39.3 CE, eso no implica que en caso de parto deban tener el mismo contenido “ni por tanto que la diferente duración de los permisos por maternidad y por paternidad lesione el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE”, sobre todo teniendo en cuenta, como señalaba en la sentencia 109/1993, de 25 de marzo, que “la maternidad, y, por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección”, vinculándola, como establecía en la sentencia 324/2006, de 20 de noviembre, a “la condición femenina de la trabajadora”. No obstante, es importante destacar que la STC 11/2018, cuenta con un voto particular de la magistrada M^a Luisa Balaguer Callejón en el que hace referencia al impacto negativo que las medidas garantistas de la maternidad tienen sobre las mujeres en el ámbito laboral, puesto que suponen un desincentivo para los empresarios a la hora de contratarlas, y obstaculizan su promoción profesional, de forma que pueden suponer una discriminación indirecta para las mujeres. También pone de manifiesto que “ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del de paternidad es (solo) la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres. Y es que no se trata únicamente de asegurar al padre el disfrute de “su” derecho a conciliar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, sino de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer”.

El TC también ha venido señalando que el permiso de paternidad no se contempla en normas internacionales y comunitarias, si bien en la actualidad sí se establece. En este sentido, cabe destacar que en la propia Unión Europea se ha intentado avanzar en esta materia en cuanto a la conciliación entre la vida personal y laboral, en concreto, por una parte, con la regulación prevista en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental y se deroga la Directiva 96/34/CE; sin embargo, a pesar de las mejoras introducidas no se puede afirmar que exista una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Lo cierto es que la reciente aprobación de la Directiva 2019/1158/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de

junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la citada Directiva 2010/18/UE del Consejo ha supuesto un avance al respecto, pero hay que tener en cuenta que los Estados miembros no la tienen que transponer de inmediato sino que deben hacerlo antes del 2 de agosto del año 2022. Esta Directiva establece una serie de requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres, y a facilitar a los trabajadores la conciliación de la vida familiar y profesional. En concreto, por lo que aquí interesa, introduce en el ordenamiento de la Unión Europea un permiso de paternidad “de, al menos, diez días laborables con ocasión del nacimiento” del hijo o hija (art. 4); y cambios en el permiso parental (art.5). Así, sigue siendo un derecho individual de los trabajadores a disfrutar de un permiso de cuatro meses, antes de que el hijo alcance, como máximo, la edad de ocho años; si bien, al menos dos de esos cuatro meses serán intransferibles, en lugar de, al menos, un mes, fomentando de ese modo un uso más igualitario de este permiso ya que puede ser un incentivo para que los padres lo utilicen. En este sentido, se introducen unas claras mejoras en esta materia, pero, como se verá, en España el legislador se ha adelantado en gran medida a las previsiones contenidas en esta Directiva, incorporando una regulación con un nivel de exigencia superior al establecido en la misma (como ya indicaba, con respecto a la Propuesta de Directiva, CORDERO GORDILLO, 2019: 9) y, sobre todo, dirigida en mayor medida a la corresponsabilidad, que puede entenderse, tal y como señala la RAE, como “responsabilidad compartida”, en este caso con respecto al cuidado de los hijos y todo lo que ello conlleva. Si bien, hay que considerar que cuando se habla de corresponsabilidad en el ámbito laboral, no basta con simplificar de ese modo y entenderla vinculada única y exclusivamente a la esfera de la familia, manteniéndola “al margen de la estrategia jurídico laboral por cuanto la alteración de roles sociales repercute claramente en el alcance de los estereotipos empresariales y, en consecuencia, es un instrumento de gran relevancia para la consecución de la igualdad real” (BALLESTER PASTOR, 2012: 56). De ahí la necesidad en este caso de dar un paso más allá de la referida conciliación, e implicar a otros sujetos, a la sociedad, y, en concreto, al empresario. Y para ello es fundamental una intervención normativa al efecto, que permita avanzar de la conciliación a la corresponsabilidad como se pretende con la medida que ahora se analiza.

2. EL PASO DE LA SUSPENSIÓN POR MATERNIDAD Y POR PATERNIDAD A LA SUSPENSIÓN POR NACIMIENTO DE HIJO O HIJA

El RDL 6/2019 ha introducido diferentes medidas con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades. Entre esas medidas cabe destacar la que ha tenido un mayor impacto como es la relativa a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, ya que, tal y como se contempla en la Exposición de Motivos de la norma, supone un “paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”. En concreto, el legislador ha modificado los arts. 45 y 48 del Real

Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), sustituyendo las referencias a “maternidad” y “paternidad”, como causas de suspensión, por la de “nacimiento”, estableciendo una única causa de suspensión a estos efectos y equiparando su régimen jurídico, tal y como en la actualidad se contempla en los arts. 45.1 d) y, en particular, 48.4 ET; también en el art. 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) para los empleados de las Administraciones públicas, aunque en este último caso se hace referencia a permisos por nacimiento; y, de forma complementaria, en las normas de Seguridad Social en las que se establece la posibilidad de acceder a la prestación “por nacimiento y cuidado de hijo” (art. 177 y ss. LGSS y RD 295/2009, de 6 de marzo). Aunque, en realidad, esa equiparación que ahora se establece no se produce de forma inmediata, sino de manera progresiva hasta el 1 de enero de 2021 (DT 13 ET y DT 9 EBEP). En todo caso, como se podrá constatar, los cambios que introduce el legislador en esta materia para conseguir la pretendida igualdad entre hombres y mujeres, inciden especialmente en el fomento de la corresponsabilidad; el cuidado deja de considerarse una cuestión de género, por lo que los citados cambios se dirigen a los progenitores en los mismos términos, tratando de evitar de ese modo que el ejercicio de los derechos que están vinculados al cuidado de los menores acabe perjudicando a la mujer trabajadora.

2.1. El nacimiento como causa de suspensión del contrato de trabajo

Como se ha señalado, el art. 2.12 del RDL 6/2019 ha modificado, entre otros, el art. 48.4 ET, de modo que, en la actualidad, se regula en el mismo la suspensión del contrato por nacimiento de hijo o hija tanto para la madre biológica, como para el progenitor distinto de la madre biológica. En este caso, la causa que determina la suspensión ya no es la maternidad, ni la paternidad, sino el “nacimiento” que incluye “el parto y el cuidado del menor de doce meses”, utilizando así un término neutro; a la vez que se suprime la referencia al permiso por nacimiento de hijo de dos días que se ampliaban a cuatro cuando fuese preciso que el trabajador realizase un desplazamiento (en el art. 37.3 b) ET). Un cambio terminológico que también se recoge en otros preceptos del ET, como el art. 11.1 b), el art. 11.2 b), el art. 14.3, el art. 53.4 a) y c), o el art. 55.5 a) y c). Además, ha de tenerse en cuenta que la regulación que se contempla en el art. 48.4 ET no se aplica al personal laboral de las Administraciones Públicas, sino que, tal y como señala la DA vigésimo segunda del ET, se le aplicará el permiso por nacimiento que se contempla en el EBEP. En este supuesto, el art. 3 del RDL 6/2019 ha modificado los arts. 7, 48 y 49 del EBEP para incorporar un régimen análogo al que se recoge en el ET. Ese cambio terminológico también se refleja en la LGSS al sustituir las referencias a la “prestación por maternidad” y a la “prestación por paternidad” por la de “prestación por nacimiento y cuidado del menor” (el capítulo VI del título II), incidiendo en esta última finalidad que, como se ha indicado, se encuentra incluida en el término nacimiento. En todo caso, la DA única del RDL 6/2019 señala que todas las referencias contenidas en los textos normativos a las prestaciones y

permisos de maternidad y paternidad se entenderán realizadas a las prestaciones y permisos contemplados en la norma.

Esa equiparación terminológica se ha considerado “discutible”, por el hecho de que si se mantuviese la referencia expresa a la paternidad “se reforzaría su función de promoción de la corresponsabilidad” y, además, porque “da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado” (BALLESTER PASTOR, 2019: 26). Lo cierto es que lo relevante es que esa equiparación va más allá de la terminología que utiliza el legislador, que tiene sentido en la medida en que la finalidad que persigue este permiso se extiende a ambos progenitores, y que, como se verá, también afecta a la duración de la suspensión unificándola. Asimismo, es importante que en el término nacimiento se haya incluido no solo el parto, y con ello la necesidad de proteger “la salud de la madre”, sino también el cuidado del menor. El embarazo es una circunstancia lógicamente asociada a la mujer, pero ya no solo se trata de proteger este hecho biológico estableciendo medidas dirigidas a la mujer, sino que junto a esta finalidad se sitúa para ambos progenitores, sin distinguir si están o no unidos por matrimonio, el citado cuidado del menor, y, precisamente, esta última finalidad es la que justifica la equiparación por el legislador de la suspensión por maternidad y paternidad, relacionándola directamente con la conciliación y con la corresponsabilidad que persigue la norma. Así, aunque de forma genérica contempla el cuidado del menor de doce meses para incluirlo en la causa que determina la suspensión del contrato, especifica cuando hace referencia al progenitor distinto a la madre biológica y vincula la suspensión al necesario “cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 del Código Civil”, en el que se establece que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. Por tanto, la suspensión por nacimiento no va dirigida exclusivamente a proteger el hecho biológico de la maternidad, sino también al cumplimiento de los citados deberes. El cuidado de los hijos debe ser responsabilidad de ambos progenitores, no preferentemente de la madre, tampoco el vínculo que se establece entre el hijo y los progenitores debe distinguirse con el fin de que merezca una mayor protección por tratarse de la madre. Así, al dirigirse la medida a ambos progenitores, se rompe con el modelo anterior en el que la ausencia de equiparación de la suspensión por maternidad y por paternidad determinaba, como se ha analizado, que la mujer se viese perjudicada en el ámbito laboral.

2.2. La equiparación en la duración para sus titulares y su configuración como derecho individual e intransferible

Hay que recordar que hasta la entrada en vigor del RDL 6/2019, la duración de la suspensión del contrato por paternidad era de cinco semanas; muy inferior a la establecida para la suspensión del contrato por maternidad para la que se venía contemplando una duración de dieciséis semanas. Pues bien, el RDL 6/2019 introduce la suspensión del

contrato por nacimiento con una duración de dieciséis semanas para cada uno de los progenitores (art. 48.4.ET), equiparando de ese modo el periodo de suspensión para los titulares del derecho (equiparación de la que ya se partía tanto en la Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, presentada por Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, BOCGCD de 7 de mayo de 2018; como en la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG de 7 de septiembre de 2018); así, no solo se contempla para la madre biológica, sino que también se extiende al otro progenitor. Un periodo de dieciséis semanas que ya se establecía “en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento de acuerdo con lo previsto en el art. 45.1 d) ET”, pero como un derecho de los progenitores, que, en el caso de que ambos trabajasen, podían distribuir, a opción de los interesados, para “disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva”; así se contemplaba en el art. 48.5 ET. De este modo se hacía referencia a un disfrute compartido, mientras que, tras la modificación de este artículo por el RDL 6/2019, cada uno de los adoptantes o guardadores va a disfrutar, siempre que trabajen, de esas dieciséis semanas. Si bien, como se ha señalado, esa equiparación no se ha producido de forma inmediata, con la entrada en vigor del citado RDL, sino que este introduce una nueva DT decimotercera para la aplicación gradual del art. 48 apartados 4, 5 y 6 ET.

El cambio es relevante ya que legislador contemplaba el derecho a la suspensión por paternidad como un derecho individual e intransferible, por lo que si su titular no lo disfrutaba lo perdía; mientras que en el caso de la suspensión por maternidad, el legislador optó por establecer un derecho individual cuyo titular era la madre, lo que no solo obedecía “a razones biológicas (recuperación física), sino también culturales, particularmente, a los estereotipos sexistas que atribuyen a la mujer el rol de cuidadora” (LÓPEZ ONIORTE, 2018); aunque, esta podía transferir al otro progenitor diez de las dieciséis semanas. También contempló la posibilidad de que el otro progenitor disfrutara del mismo en el caso en el que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, ya que este tenía derecho a suspender su contrato, con independencia de la suspensión del contrato por paternidad. Si bien, en la regulación prevista en el art. 48.4 del ET, no se admite que se transfiera el ejercicio de este derecho, propiciando de ese modo la corresponsabilidad, ni esta última posibilidad.

Podría pensarse que el hecho de que el ejercicio del derecho fuera transferible, en los términos señalados, evitaría las consecuencias negativas en el ámbito laboral para la mujer a las que se ha hecho referencia, pero se puede comprobar que, en la práctica, quien finalmente ha venido ejerciendo ese derecho ha sido esta y no el otro progenitor. Así, en el año 2018 el INSS ha gestionado un total de 252.706 prestaciones económicas por maternidad a lo largo del año, de las cuales sólo 4.731 han sido compartidas por el otro progenitor; sin embargo, el número de prestaciones por paternidad ascendió a 255.531 en

dicho año (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45>). Por tanto, el hecho de que parte de ese periodo de suspensión por maternidad haya podido ser transferido no ha supuesto realmente una mejora. Sin embargo, cuando el derecho es individual e intransferible, se puede comprobar como el titular del mismo lo disfruta, tal y como se ha constatado con respecto a la suspensión por paternidad.

Por tanto, con el fin de fomentar una verdadera corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos, la suspensión por nacimiento se configura como un derecho individual e intransferible. Para que lo disfrute el otro progenitor, es indiferente que la madre biológica trabaje o no, puesto que, aunque no lo haga, si aquel trabaja lo disfrutará, al igual que será la madre la que lo disfrute si solo es ella la que trabaja; o los dos progenitores, si ambos trabajan. De este modo, se suprime la posibilidad que existía de que la madre biológica pudiese ceder al otro progenitor un máximo de diez semanas del periodo de suspensión, ya que cada uno de los progenitores será titular del derecho y no podrá transferir una parte del periodo de suspensión; de forma que, si no lo disfruta, tal y como venía sucediendo en el caso de la paternidad, lo perderá, es decir, en ese caso el otro progenitor no va a ver incrementada la duración de su periodo de suspensión por nacimiento. Lo mismo sucede con respecto a la suspensión del contrato en los supuestos de adopción, o de guarda con fines de adopción y de acogimiento, puesto que ya no cabe distribuirlo entre los progenitores cuando ambos trabajen, sino que ahora se contempla como un derecho individual de estos como personas trabajadoras, cuyo ejercicio no puede transferirse al otro adoptante o guardador con los citados fines (art. 48.5 ET).

Como se ha señalado, se trata de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, pero también, de esta forma, se quiere contribuir a eliminar estereotipos de género y, con ello, evitar que se produzcan los efectos negativos para la mujer en el ámbito laboral a los que se ha hecho referencia. Podría afirmarse que al perderse si no se disfruta, esa finalidad de cuidado del menor se sitúa en una posición secundaria, no obstante, hay que tener en cuenta que se quiere garantizar la implicación de ambos progenitores y el menor se va a ver beneficiado ya que el otro progenitor podrá cuidarlo sin que la madre deba renunciar a hacerlo. Además, dados los resultados que se han obtenido en la práctica con la regulación del permiso de maternidad, lo más probable es que si fuese transferible sería la madre la que finalmente disfrutaría de un periodo de suspensión más amplio que le transferiría el otro progenitor, manteniéndose de esa forma los estereotipos sexistas, y, por tanto, ocupándose la mujer del cuidado de los menores. Por el contrario, teniendo en cuenta la experiencia práctica en cuanto al disfrute del periodo de suspensión por paternidad, el hecho de que la suspensión por nacimiento se configure como un derecho individual e intransferible puede ser una medida que realmente fomente la corresponsabilidad, puesto que los padres, en la práctica, sí han venido disfrutando de un derecho del que han sido titulares y no han podido transferir. En este sentido, podría afirmarse que, en cierto modo, se había conseguido esa corresponsabilidad, sin embargo no es así ya que la duración de la suspensión por paternidad ha venido siendo muy escasa y son muy pocos los padres que han percibido la prestación por maternidad (solo un 1,87% en 2018), lo que implica que han sido las madres

las que han disfrutado de las dieciséis semanas de suspensión, pero, además, que son ellas las que se han ocupado del cuidado de los hijos; algo que también se ha propiciado por el hecho de que muchas mujeres han venido recibiendo una remuneración inferior a la que percibe el hombre.

2.3. Estructura y modo de disfrute del derecho

El legislador también se ocupa de la estructura y modo de disfrute de este derecho. Así, en el caso de la madre biológica, se sigue manteniendo que de esas dieciséis semanas, seis serán obligatorias, ininterrumpidas, y se disfrutarán a continuación del parto. Es más, necesariamente deberá disfrutarlas a jornada completa, para asegurar la protección de su salud. Lo que igualmente se establece para el otro progenitor, si bien “para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil” (art. 48.4 ET), y en el caso de la suspensión por adopción, o guarda con fines de adopción o acogimiento, inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o de la decisión administrativa de guarda con dichos fines (art. 48.5 ET). De este modo, aunque se hace referencia a un derecho individual e intransferible, como en el supuesto de la suspensión por paternidad, la diferencia es que esas seis semanas son obligatorias. En este sentido, se ha cuestionado hasta qué punto tiene sentido el disfrute obligatorio de las mismas y si hubiera sido más adecuado establecer un periodo más corto. Lo cierto es que el hecho de que se establezca un periodo de disfrute obligatorio para el otro progenitor ha de considerarse acertado, sobre todo para conseguir la finalidad perseguida por la norma, esto es, la corresponsabilidad de ambos progenitores, lo que, a su vez, facilita la que también se persigue con el periodo de suspensión obligatorio de la madre, pero no necesariamente debería de ser de seis semanas de disfrute ininterrumpido como el de esta última, quizás hubiera sido más adecuado fijar un periodo de disfrute obligatorio e ininterrumpido más reducido.

En este supuesto, se ha propuesto una duración de cuatro semanas a continuación del parto y en caso de que se prevea que la recuperación de la madre “va a ser más prolongada, el otro progenitor siempre podría optar por el disfrute de forma acumulada de unas semanas más del periodo voluntario” (CORDERO GORDILLO, 2019: 18). Pues bien, aunque, desde este punto de vista, puede ser acertado reducir ese periodo de disfrute ininterrumpido a continuación del parto, no lo es ampliar el periodo voluntario y reducir el obligatorio si lo que se pretende es establecer un régimen jurídico más uniforme y, sobre todo, que realmente se fomente la corresponsabilidad. En este sentido, contribuiría en mayor medida a la misma establecer un periodo de disfrute obligatorio de seis semanas, al igual que se contempla para la madre, si bien estableciendo que solo una parte de las mismas, como podrían ser tres semanas, sean de disfrute ininterrumpido, a jornada completa y a continuación del parto, y el resto, aunque sean obligatorias, se puedan disfrutar en los mismos términos que el periodo de suspensión voluntario (en la citada Proposición de Ley presentada por Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos En Comú Podem-En Marea, se contemplaba un periodo de disfrute obligatorio de

seis semanas a tiempo completo, de las que dos debían disfrutarse a continuación del parto). De este modo, se favorece la corresponsabilidad que trata de fomentar el legislador, y, en los casos en los que el disfrute no sea simultáneo, el periodo de cuidado del recién nacido por sus progenitores podrá ser más amplio. De todos modos, hay que tener en cuenta que, a pesar del carácter obligatorio de las citadas seis semanas, el legislador no contempla ningún tipo de sanción en caso de que no se disfruten, por lo que, en realidad, habrá que ver hasta qué punto se consigue la finalidad perseguida por la norma, a la que, sin duda, puede contribuir el hecho de que se considere un derecho de carácter individual de la persona trabajadora e intransferible, y sobre todo por la posibilidad de acceder a la prestación si se cumplen los requisitos.

Más discutible resulta aún que se fije un periodo de disfrute obligatorio e ininterrumpido de seis semanas a continuación de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, no por su obligatoriedad, sino por su carácter ininterrumpido y simultáneo, sobre todo porque en este caso la finalidad no es proteger la salud de la madre, sino el cuidado del menor. Si se trata de fomentar la corresponsabilidad, este periodo debe ser obligatorio para ambos progenitores, pero quizás sea más adecuado, establecer un periodo de disfrute obligatorio ininterrumpido más reducido y a jornada completa a continuación de la citada resolución o decisión administrativa, al igual que se ha señalado para el otro progenitor en caso de nacimiento, disfrutando el resto del periodo obligatorio en los mismos términos que el periodo suspensivo voluntario. En cuanto a las diez semanas restantes, su disfrute es voluntario y, además, ya no se trata de un periodo de suspensión que necesariamente debe ser ininterrumpido como ocurría en el caso de la suspensión por maternidad, por el contrario, ambos progenitores podrán disfrutarla de manera acumulada o fraccionada, por periodos semanales, hasta que el menor cumpla doce meses, y en el caso de la adopción o guarda, en los términos indicados, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con dichos fines (art. 48.5 ET); lo que supone que después de esos doce meses no será posible disfrutar del periodo de suspensión, por lo que se perderá el derecho a disfrutar del periodo que hasta ese momento no se haya disfrutado. Los progenitores deberán avisar al empleador del ejercicio de este derecho con una antelación mínima de quince días del disfrute de cada periodo semanal o de su acumulación. Además, ese periodo de diez semanas podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, teniendo en cuenta lo que se determine reglamentariamente. El empresario solo podrá limitar el disfrute simultáneo para ambos progenitores en el caso en el que ambos presten servicios en la misma empresa y siempre por razones fundadas, objetivas y motivadas por escrito (art. 48.4 y 5 ET).

Con respecto a la citada posibilidad de fraccionamiento del periodo de suspensión voluntario de diez semanas, a pesar de que de ese modo se introduzca una amplia flexibilidad en el disfrute y de que favorezca el interés de los progenitores, adoptantes, guardadores, así como el del menor (PASTOR MARTÍNEZ, 2019: 201), se ha planteado que podría ser contraria a lo establecido en el art. 8 de la Directiva 92/85/CEE, ya que en este se indica que

los Estados miembros deberán establecer “un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, así como que dicho permiso “deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto”. Si bien, se ha señalado que en realidad ese fraccionamiento no es más que una mera posibilidad ya que puede optar entre hacerlo o no, lo que supone una mejora en cuanto a lo previsto en la citada Directiva; aunque también es cierto que la trabajadora puede verse obligada por la empresa a reincorporarse a su trabajo, de modo que, en realidad, disfrutaría de su derecho en las fechas que le conviniesen a la empresa (BALLESTER PASTOR, 2019: 28 y 29).

En todo caso, la madre biológica podrá anticipar el ejercicio de la parte voluntaria del periodo de suspensión antes de la fecha previsible de parto, si bien ese ejercicio anticipado se limita a un máximo de cuatro semanas, por lo que se modifica la regulación previa en la que era posible que disfrutara antes del parto de esas diez semanas, de modo que en ese supuesto no se protegía al menor, tampoco era posible transferir el disfrute de este derecho al otro progenitor y, claramente, se dificultaba la conciliación; de ahí que esa limitación a cuatro semanas sea positiva. En este sentido, en los casos de adopción internacional, cuando sea preciso el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, se sigue manteniendo la posibilidad de que se inicie el periodo de suspensión hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción (art. 48.5 ET). Junto a estas previsiones, se sigue contemplando, como ya se hacía en la regulación anterior, en los supuestos de parto prematuro y en los que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la posibilidad de que el periodo de suspensión se compute a partir de la fecha de alta hospitalaria, excluidas las seis semanas posteriores al parto de “suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica” (art. 48.4 ET). El hecho de que solo se haga referencia a la madre biológica y no al otro progenitor determina que el periodo de suspensión para este último, incluidas las citadas seis semanas, puedan computarse a partir del alta hospitalaria.

2.4. Supuestos en los que se amplía el periodo de suspensión y casos de fallecimiento

Se siguen manteniendo los supuestos en los que es posible ampliar el periodo de suspensión del contrato. Por una parte, en el caso de parto múltiple, así como en los de adopción, guarda o acogimiento múltiple, se ampliará en dos semanas más por cada hijo o hija; al igual que se establecen esas dos semanas adicionales, en el caso de discapacidad del hijo o de la hija ya sea en el nacimiento, o en la adopción, o en la situación de guarda con fines de adopción o acogimiento (art. 48.6 ET). Si bien, hay que tener en cuenta que se contempla una semana para cada uno de los progenitores, lo que implica que si no se disfruta esa semana, el otro progenitor no verá por ello incrementado su periodo de suspensión. Lo que ha generado problemas en el caso de las familias monoparentales que han visto reducido el derecho que tenían con la regulación previa a dos semanas

adicionales de suspensión en los casos citados, a una sola semana. No obstante, el INSS ha emitido un criterio al respecto (Criterio de Gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019), de forma que ha considerado que al existir un solo progenitor en las familias monoparentales no puede operar ese reparto de semanas, por lo que será este el que podrá disfrutar en esos supuestos de las dos semanas adicionales, predominando así el interés del menor y su derecho a ser cuidado, al margen de la configuración de su familia. Y, por otra parte, se han recogido los casos de parto prematuro con falta de peso y aquellos en los que el neonato necesite estar hospitalizado a continuación del parto por un periodo superior a siete días, de manera que el periodo de suspensión se ampliará, como se venía haciendo, en tantos días como se encuentre hospitalizado, manteniéndose igualmente el periodo máximo de trece semanas adicionales.

Del mismo modo se contempla el caso, al que ya se venía haciendo referencia, de fallecimiento del hijo o de la hija, en el que no se reducirá el periodo de suspensión, salvo que se solicite la reincorporación al puesto de trabajo, siempre que hayan transcurrido las seis semanas de suspensión obligatorias que ahora se contemplan para ambos progenitores. No obstante, se elimina la previsión relativa al fallecimiento de la madre biológica que hacía posible que el otro progenitor disfrutara, de la totalidad o de la parte no disfrutada por esta, del periodo de suspensión, con independencia de que esta realizara o no algún trabajo. Debería de haberse mantenido esta previsión en beneficio del menor, tal y como sí se establece en el art. 49 a) del EBEP. De todos modos, debería de estar referida al fallecimiento de cualquiera de los progenitores, de forma que cuando uno de ellos falleciese el otro pudiera disfrutar del periodo de suspensión que le hubiera correspondido al progenitor fallecido; y en el caso de las familias monoparentales, podría plantearse la posibilidad de su disfrute por otra persona sobre todo teniendo en cuenta el interés del menor y su derecho a ser cuidado.

3. VALORACIONES FINALES

Como se ha podido comprobar, la regulación prevista para la suspensión del contrato por nacimiento, así como la establecida para los casos de adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento, contempla mejoras en la materia que van a suponer un avance en términos de corresponsabilidad y, por tanto, de igualdad entre hombres y mujeres, pero también es más compleja su aplicación, tanto desde el punto de vista empresarial, como en términos de gestión de la correspondiente prestación de la Seguridad Social en cuanto al disfrute interrumpido de la suspensión, lo que ya está ocasionando problemas, más allá de los señalados, con respecto al disfrute del periodo voluntario de suspensión que, finalmente, se proyectan de forma negativa en la finalidad perseguida por la norma. Así, aunque el legislador parte de la necesaria flexibilidad en cuanto a su disfrute, lo cierto es que los progenitores, en algunos casos, para evitar problemas con la empresa, en la práctica, se adaptan a las necesidades y exigencias de la misma, quedando en una posición secundaria el cuidado del menor. Es más, en la propia DT trigésima segunda de la LGSS se establece un periodo transitorio para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por

nacimiento y cuidado del menor, de forma que cuando los beneficiarios de la prestación “disfruten de las diez semanas de manera interrumpida, el abono de la prestación de estos periodos no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute de los mismos, en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos neces—, afecta al cuidado del menor.

Además, como se ha podido constatar, no se ha tenido en cuenta la situación de las familias monoparentales de modo que no se han establecido medidas específicas para las mismas, lo que sería necesario sobre todo si se considera el necesario cuidado del menor, ya que solo podrá ser atendido por un progenitor. Debería de haberse planteado la posibilidad de ampliar el periodo de suspensión del contrato del progenitor, quizás se podría duplicar el periodo hasta alcanzar treinta y dos semanas (RODRÍGUEZ PASTOR, 2018: 655), pero lo cierto es que si se parte del hecho de que la mayoría de los hogares monoparentales están integrados por mujeres (en el año 2018 el 81,9%, según datos del INE), estas podrían ver perjudicada su carrera profesional, por lo que esa ampliación, teniendo en cuenta lo señalado, debería ser más reducida (CORDERO GORDILLO, 2019: 23 y 24, plantea la posibilidad de ampliar el periodo de suspensión en diez semanas); o establecer que otra persona, designada por el progenitor, disfrutara del periodo de suspensión que se concede al otro progenitor (REQUENA MONTES, O., p. 670), de esa forma primaría el derecho del menor a ser cuidado. Si bien, por el momento, no se ha previsto ninguna medida al respecto.

De todos modos, en la actualidad, solo disfruta de esas dieciséis semanas la madre biológica. La DT decimotercera del ET ha establecido un periodo transitorio para su aplicación, tanto para el supuesto de suspensión por nacimiento, como en el de adopción y guarda con los fines señalados, por lo que no se puede hacer referencia a una aplicación inmediata de ese periodo de suspensión para ambos progenitores. La regulación entrará plenamente en vigor a partir del 1 de enero de 2021, mientras tanto, por lo que aquí interesa, cabe destacar cómo en el caso de nacimiento, desde la entrada en vigor del RDL 6/2019, el otro progenitor ha venido contando con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras las debe disfrutar de forma ininterrumpida inmediatamente después del parto. Por su parte, la madre biológica puede cederle hasta un máximo de cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio. A partir de 2020 el otro progenitor disfrutará de doce semanas de suspensión, cuatro de estas inmediatamente posteriores al parto, y la madre biológica podrá cederle dos semanas de su descanso voluntario. Por tanto, esto implica que durante este periodo no existe una equiparación en los términos señalados, con las consecuencias negativas que ello conlleva, a las que se ha hecho referencia.

Bibliografía

BALLESTER PASTOR, M.A. (2019). “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, en *Femeris*, Vol. 4, Número 2, pp. 14-38.

— (2012). “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan Harremanak*/25, pp. 53-77.

CORDERO GORDILLO, V. (2019). “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, Número 3, pp. 5-26.

INE (2018) Encuesta continua de hogares, en https://www.ine.es/prensa/ech_2018.pdf (consultado el 20/06/2019).

LÓPEZ ANIORTE M.C. (2018). “Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Número 214, pp. 93-135.

MARTÍNEZ GARCÍA, M.L. (2018). *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.

PASTOR MARTÍNEZ, A. (2019). “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IUSLabor*, Número 1, pp. 187-209.

REQUENA MONTES O. (2018). “La prestación de maternidad por adopción del hijo del cónyuge o pareja: preludio de un segundo permiso parental en el supuesto de familias monoparentales”, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Tomo I, Murcia, Ediciones Laborum pp. 655-670.

RODRÍGUEZ PASTOR G.E. (2018). “El permiso y la prestación por paternidad en el contexto social actual y futuro”, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Tomo II, Murcia, Ediciones Laborum, pp. 645-656.