



UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO

La Cara Oculta de la Protección por
Maternidad y Paternidad

D^a. María Luisa Martínez García
2016



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

La cara oculta de la protección por
maternidad y paternidad

Presentada por:

D^a. María Luisa Martínez García

Dirigida por:

Dra. D^a. María del Carmen López Aniorte

2016

JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

1.	
INTRODUCCIÓN.....	13
2. OBJETIVOS, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA.....	14

CAPÍTULO PRIMERO

LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD.....	17
1. Primera etapa: Fase proteccionista	20
2. Segunda etapa: La igualdad de derechos.....	34
3. Tercera etapa: La conciliación femenina.....	39
4. Cuarta etapa: En busca de la igualdad efectiva y real.....	42
II. LA LICENCIA POR MATERNIDAD.....	49
1. La suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo.....	50
1.1. La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica.....	51
1.2. La suspensión del contrato de trabajo por adopción o acogimiento.....	53
1.3. Diferencias de género entre ambas suspensiones	56
2. La ampliación del permiso por maternidad.....	59
2.1. La ampliación por discapacidad.....	59
2.2. La ampliación por parto, adopción o acogimiento múltiples.....	60
2.3. La ampliación por parto prematuro y hospitalización del neonato.....	61
2.4. La maternidad a tiempo parcial.....	63
3. El permiso por maternidad en el empleo público	64
3.1. El permiso por parto.....	64
3.2. El permiso por adopción o acogimiento.....	65
3.3. Ampliación, modalidad del disfrute y derechos laborales.....	66
4. El permiso en las familias no tradicionales.....	70
4.1. La maternidad en solitario	70
4.2. El permiso por maternidad en parejas del mismo sexo.....	70

4.2.1. El permiso para las parejas formadas por dos hombres.....	71
4.2.2. El permiso para las parejas formadas por dos mujeres.....	76
III. EL SUBSIDIO CONTRIBUTIVO POR MATERNIDAD.....	79
1. Situaciones protegidas.....	80
2. Personas beneficiarias.....	83
3. Períodos mínimos de cotización.....	84
4. Prestación económica por maternidad.....	88
5. Nacimiento, duración y extinción del derecho.....	90
IV. EL SUBSIDIO DE NATURALEZA NO CONTRIBUTIVA.....	93
1. Beneficiarias.....	94
2. Prestación económica.....	94
3. Nacimiento, duración y extinción del derecho.....	95
V. DIFERENCIAS POR GÉNERO EN LA LICENCIA POR MATERNIDAD.....	97
1. El derecho paterno sobre la licencia por maternidad.....	97
1.1. La cesión del derecho al padre.....	97
1.2. La cesión del derecho al otro progenitor.....	108
1.3. El uso en la práctica de la cesión.....	108
1.4. En caso de fallecimiento de la madre.....	111
1.5. Que la madre no tenga derecho a la suspensión.....	114
1.6. Que la madre trabajadora por cuenta propia esté incluida en el RETA.....	119
1.7. Que la madre trabajadora no reúna el período mínimo de cotización.....	122
1.8. El disfrute paterno del permiso por maternidad.....	124
2. Situaciones sorprendentes en el caso de parto.....	126
2.1. El supuesto de fallecimiento del hijo o la hija.....	126
2.2. El supuesto de fallecimiento del padre.....	130

CAPÍTULO SEGUNDO
LA PROTECCIÓN POR PATERNIDAD

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR PATERNIDAD.....	131
1. El permiso por nacimiento de hijo o hija.....	131
2. El permiso por paternidad.....	131
II. LA LICENCIA POR PATERNIDAD.....	139
1. La suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo.....	139
2. La ampliación de la suspensión por paternidad.....	145
3. El permiso por paternidad en el empleo público.....	147
III. EL SUBSIDIO POR PATERNIDAD.....	149
1. Situaciones protegidas.....	150
2. Beneficiarios.....	152
3. La prestación económica por paternidad.....	154
4. Nacimiento, duración y extinción del derecho.....	155
4.1. Inicio del disfrute.....	156
4.2. Extinción del subsidio.....	160
IV. EL DERECHO MATERNO EN EL PERMISO POR PATERNIDAD.....	161
1. La titularidad masculina en caso de parto	161
2. La titularidad del otro progenitor en caso de parto.....	163
3. En caso de fallecimiento del padre.....	164
4. En caso de que el padre no tenga derecho a la licencia.....	165
V. EL DISFRUTE PATERNO EN LA PRÁCTICA.....	167

CAPÍTULO III

OTRAS MEDIDAS PROTECTORAS

I. ASPECTOS COMUNES EN LOS PERMISOS POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD.....	172
1. La obligación de cotizar a la Seguridad Social.....	172
2. El contrato de interinidad bonificado para sustitución durante los descansos.....	173
2.1. El contrato de interinidad bonificado para sustituir a trabajadoras suspendidas por maternidad.....	173
2.2. El contrato de interinidad bonificado para sustituir a trabajadores suspendidos por paternidad.....	178
2.3. Bonificación a personas trabajadoras incluidas en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculadas a la contratación.....	180
2.3.1. Bonificaciones para los TRADE.....	183
2.4. El contrato de interinidad bonificado para sustitución a personas excedentes..	185
3. Efectos de los permisos por maternidad y paternidad.....	186
3.1. El disfrute de las vacaciones.....	186
3.2. Antigüedad.....	189
3.3. Protección frente al empleo.....	190
3.4. Otros derechos laborales.....	193
II. EQUIPARACIÓN DE EFECTOS DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	198
1. Situación asimilada al alta.....	198
2. En caso de trabajo a tiempo parcial.....	200
3. En caso de pluriempleo o pluriactividad.....	201
4. La licencia por maternidad y paternidad a tiempo parcial.....	203
5. Progenitores con contrato para la formación.....	205
6. Maternidad, paternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato.....	206
6.1. Maternidad/paternidad-incapacidad temporal.....	206
6.2. Maternidad/paternidad-extinción del contrato.....	207

6.3. Incapacidad temporal-maternidad/paternidad.....	207
6.4. Incapacidad temporal-Maternidad/paternidad-extinción del contrato.....	208
6.5. Interrupción prestación maternidad por hospitalización del neonato-incapacidad temporal.....	210
6.6. Maternidad/paternidad-desempleo.....	210
7. La prestación por maternidad y paternidad en los Regímenes Especiales y Sistemas Especiales del Régimen General.....	211
7.1. Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.....	211
7.2. Sistema especial para Empleados de Hogar.....	212
8. La prestación por maternidad/paternidad en los Regímenes Especiales.....	214
8.1. Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.....	216
8.1.1. Las cónyuges de los autónomos como colaboradoras del negocio familiar..	220
8.2. Régimen Especial de la Minería del Carbón.....	221
9. Incompatibilidad de los subsidios.....	222
10. Resolución y modificación de la Base Reguladora.....	223
11. Denegación, anulación y suspensión del derecho.....	224
12. Tramitación de las prestaciones.....	224
12.1. La gestión de las prestaciones.....	224
12.2. La solicitud de la prestación económica y resolución de la misma.....	226
III. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	228
1. La protección por maternidad y paternidad en los Convenios Colectivos.....	228
1.1. El permiso por maternidad.....	232
1.2. El permiso por nacimiento.....	233
1.3. El permiso por paternidad.....	235
1.4. Convenios destacables.....	236
1.5. Permisos no retribuidos	239
2. La protección por maternidad y paternidad en los Planes de Igualdad.....	240
2.1. El permiso por maternidad	245
2.2. El permiso por nacimiento	247
2.3. El permiso por paternidad	248
2.4. Permisos no retribuidos	249

3. El impacto de la protección de la negociación colectiva.....	250
IV. LAS AYUDAS FAMILIARES.....	252
1. Medidas de apoyo a nivel fiscal.....	252
1.1. Apoyo a la maternidad	252
1.2. Ayudas familiares.....	255
2. Las ayudas familiares de la Seguridad Social.....	258
2.1. Prestación económica por hijo o hija o menor a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.....	258
2.2. Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo o hija, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad...	261
2.3. Prestación económica por parto o adopción múltiples.....	261

CAPÍTULO CUARTO

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN.....	263
1. Las políticas de conciliación de primera generación.....	264
2. Las políticas de conciliación de segunda generación.....	266
II. LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	269
1. La excedencia.....	270
1.1. La excedencia voluntaria por cuidado de hijos o hijas.....	271
1.2. La excedencia por cuidado de familiares.....	273
1.3. Aspectos comunes de ambas excedencias.....	275
2. El permiso o reducción de jornada por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses.....	287

3. El permiso o la reducción de jornada por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que necesitan hospitalización a continuación del parto.....	297
4. La reducción de jornada por razones de guarda legal	298
5. La reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.....	305
5.1. La prestación económica de la Seguridad Social por reducción de jornada por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave.....	308
6. Las medidas de conciliación en el empleo público.....	317
6.1. La excedencia.....	317
6.2. Permisos del funcionariado.....	319
6.2.1. Por lactancia de un hijo o hija menor de doce meses.....	319
6.2.2. Por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.....	320
6.2.3. Reducción de jornada por guarda legal.....	320
6.2.4. Permiso por cuidado de hija o hijo menor afectado por cáncer y otra enfermedad grave.....	322

CAPÍTULO QUINTO

DEFICIENCIAS DE REGULACIÓN DETECTADAS Y POSIBLES SOLUCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

I. LA SITUACIÓN DE PARTIDA	324
1. El concepto de maternidad y paternidad para la ciudadanía.....	324
2. La crianza después de los permisos laborales por maternidad y paternidad.....	329
3. La baja tasa de natalidad.....	332
4. La discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad.....	337
4.1. La participación desigual de la mujer en el mercado de trabajo.....	337
4.2. El acceso al empleo.....	342
4.3. La contratación femenina.....	345
4.4. La permanencia en el empleo.....	354
4.4.1. Acoso laboral a mujeres embarazadas y madres recientes.....	356
4.4.2. La promoción profesional.....	360
4.4.3. El acceso a la formación.....	363

4.5. La brecha salarial por la maternidad.....	366
5. Las carreras de seguro de las mujeres y su incidencia en el acceso a pensiones y prestaciones.....	370
6. Las acciones positivas como medidas paliativas de los efectos negativos de la maternidad en las prestaciones y pensiones de las mujeres.....	373
6.1. Períodos de cotización efectiva.....	375
6.2. Períodos de cotización asimilados por parto.....	379
6.3. Beneficios por cuidado de hijos, hijas o menores.....	379
6.4. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida..	382
6.5. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas.....	384
7. El efecto negativo de las medidas de conciliación en las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social.....	389
7.1. En la prestación por maternidad y paternidad.....	390
7.2. En la prestación por incapacidad temporal.....	391
7.3. En las prestaciones por muerte y supervivencia.....	393
7.4. En la pensión de incapacidad permanente.....	396
7.5. En la pensión de jubilación.....	400
7.6. En la prestación por desempleo.....	404
II. LOS PERMISOS POR MATERNIDAD, PATERNIDAD Y PARENTALES EN OTROS PAÍSES.....	405
1. Los permisos por maternidad y paternidad en Europa.....	405
2. La protección por maternidad a nivel mundial.....	409
3. El permiso por paternidad en el ámbito internacional.....	412
4. El permiso parental en el derecho comunitario.....	413
III. SOLUCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	415
1. Diferenciar entre conciliación y corresponsabilidad.....	416
2. La adaptación de la jornada como medida de conciliación.....	423
3. Medidas de conciliación propias de las empresas.....	429
4. Propuesta de mejora de las actuales medidas de conciliación.....	434
4.1. Modificación del permiso por lactancia.....	435

5. Reformar el permiso por maternidad.....	439
5.1. Una propuesta de permiso por maternidad.....	443
6. Reforma y ampliación del permiso por paternidad.....	448
6.1. Una propuesta de permiso por paternidad.....	453
7. La creación de un permiso parental.....	457
7.1. Una propuesta de permiso parental.....	460
CONCLUSIONES.....	467
BIBLIOGRAFÍA	498
TABLAS.....	538
ABREVIATURAS	540

JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

1. INTRODUCCIÓN

La maternidad ha sido y sigue siendo la principal causa de discriminación de la mujer en el trabajo, y de ahí la importancia del estudio de las normas que la regulan y la protegen. El embarazo y la licencia por maternidad no deberían tener consecuencias adversas para el empleo de las mujeres, y para evitarlo nuestro Ordenamiento Jurídico ofrece una protección y tutela muy alta durante el embarazo, y tras la maternidad; pero esta protección, aunque pueda parecer un privilegio para las mujeres, podría ser nociva para ellas ya que tiene una cara oculta, que no se ve, y que las perjudica en su carrera profesional.

En este trabajo se pretende determinar qué efectos negativos se ocultan tras las medidas de protección de la maternidad y de las medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal. Particularmente, se estudiará en qué medida afectan a la participación de las mujeres (por ser ellas quienes hacen uso casi en exclusiva de estos permisos) en el mercado de trabajo, en el acceso y la permanencia en él, en su promoción y formación dentro de la empresa, y la repercusión que tienen en sus futuras prestaciones y pensiones. Así mismo se evaluará si las acciones positivas que llevan aparejadas las medidas de conciliación, son positivas o negativas para las mujeres.

Por otra parte, se trata de estudiar hasta qué punto el diseño de la protección de la maternidad y de la paternidad en nuestro Ordenamiento Jurídico también es perjudicial para el hombre. Para ello se analiza en profundidad el permiso por paternidad y el acceso paterno a la licencia por maternidad.

Y, en fin, para analizar de forma completa esta materia con perspectiva de género también se estudia cómo afectan las licencias por maternidad y paternidad a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

Se excluyen de este trabajo otras medidas legales de protección frente a la maternidad, al estar directamente relacionadas con el embarazo -siendo este un hecho biológico que afecta únicamente a la mujer, y que nuestro ordenamiento jurídico ampara en situación de embarazo y puerperio-. Las medidas excluidas son, la

suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y la movilidad funcional durante el embarazo y la lactancia natural, la nulidad de las decisiones empresariales extintivas por causas objetivas y los despidos disciplinarios en las situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, incapacidad temporal por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural. Y los permisos para la realización de exámenes prenatales y para la preparación del parto. Por tanto, se estudian únicamente las medidas de protección de la maternidad destinadas al cuidado de los hijos e hijas ya que estas se pueden compartir entre ambos progenitores.

2. OBJETO, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA

Este trabajo persigue dos objetivos fundamentales:

El primero, es analizar la protección por maternidad y paternidad en nuestro Ordenamiento Jurídico desde sus inicios y hasta la actualidad, desde una perspectiva de género, para comprobar si dicha protección es dispensada por igual a hombres y mujeres. También para verificar en qué medida esta protección fomenta la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en los cuidados de los hijos e hijas y otros familiares.

Asimismo, en este trabajo se analizan otras medidas de protección las llamadas medidas de conciliación. Este análisis servirá para comprobar si dichas medidas perpetúan los roles de género en lo que respecta a la crianza, pues aunque se trata de medidas neutras e igualitarias para ambos sexos, parecen estar destinadas a las mujeres y en la práctica son ellas las que las ejercitan, con el consiguiente efecto negativo para éstas.

El segundo objetivo perseguido es el de aportar soluciones al problema que se plantea ante una legislación que no propicia la corresponsabilidad, por el contrario, la normativa que regula esta materia establece medidas que aunque pretenden ser neutras están pensadas para que las mujeres concilien vida profesional y los cuidados. Sin embargo, compatibilizar la vida familiar y laboral, no es un problema de mujeres sino un problema social, por lo que se impone la necesidad de una corresponsabilidad entre

hombres y mujeres en la asunción de las obligaciones familiares, como salida a este conflicto social.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizan diferentes metodologías, aunque fundamentalmente, la metodología jurídica, pues se examinan normas, jurisprudencia, convenios colectivos, planes de igualdad, así como estudios de la doctrina científica –fundamentalmente, del ámbito iuslaborista-, recogidos en obras monográficas, libros colectivos y revistas científicas. También se analizan informes y estudios elaborados por diversos organismos oficiales; así como también diferentes estudios estadísticos y estadísticas elaboradas por diferentes organismos oficiales: Instituto Nacional de Estadística (INE), Instituto de la Mujer, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Encuesta de Población Activa (EPA), Seguridad Social, y la Dirección General de Industria y de la pequeña y mediana empresa.

El trabajo se ha estructurado en cinco capítulos que se detallan brevemente a continuación:

En el Capítulo I se estudia la protección por maternidad desde sus inicios y la evolución normativa que ha tenido hasta la actualidad. Se analiza la licencia por maternidad y la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social. Se finaliza el capítulo comparando las diferencias en el permiso por maternidad por género.

En el Capítulo II se analiza el origen y la evolución de la protección por paternidad, el permiso y el subsidio económico de la Seguridad Social por paternidad. Y el derecho materno al acceso al permiso. En el último apartado se estudia el disfrute del permiso por paternidad en la práctica.

En el Capítulo III se estudian otras medidas protectoras de la maternidad y paternidad, así como la protección que se les da en la negociación colectiva. También se analizan las ayudas familiares existentes en materia fiscal y de Seguridad Social.

En el Capítulo IV, se examinan las diferentes medidas de conciliación disponibles en nuestra legislación laboral desde la perspectiva de género.

En el Capítulo V se hace un análisis de la situación de la que partimos, profundizando en el estudio de la discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad y su efecto en sus futuras pensiones. Asimismo, se realiza una comparación de los permisos en el plano internacional. Y, todo ello con la finalidad de que una vez analizados los resultados de los anteriores estudios, hacer una “propuesta de las reformas necesarias en las actuales medidas de conciliación, y de implantación de nuevos permisos parentales en España, todo ello desde la perspectiva de género”.

CAPÍTULO PRIMERO

LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD

Antes de analizar la protección por maternidad en nuestro actual ordenamiento jurídico, es imprescindible conocer sus antecedentes y su evolución en el tiempo para una mayor comprensión de la figura jurídica objeto de análisis¹.

La protección durante el embarazo y la maternidad responde a una doble finalidad: proteger la salud de la madre y de su recién nacido(a), y brindar una cierta seguridad en el empleo de las mujeres (prevención de los despidos y la discriminación, el derecho a reincorporarse al término de su licencia, y mantenimiento de los salarios y prestaciones durante la maternidad)². El fundamento de tal protección hay que hallarlo en su insustituible función social³.

A partir del siglo XIX empieza a ser necesaria la regulación del trabajo femenino en la legislación laboral europea. Aunque en todas las épocas históricas las mujeres han trabajado, durante el siglo XIX, con la llegada de la revolución industrial, las mujeres trabajadoras adquieren una notable importancia al hacerse visible su trabajo. Esta visibilidad de la mujer trabajadora es debida al hecho de que se la percibiera como un problema, un problema que se describía como nuevo y que había que resolver. Este implicaba la compatibilidad entre feminidad y trabajo asalariado. La cuestión que la mujer trabajadora planteaba era: ¿debe una mujer trabajar por una remuneración?, ¿cómo influía el trabajo asalariado en el cuerpo de la mujer y en la capacidad de ésta

¹ En este sentido, DELGADO ÁLVAREZ, C.: “Liberation Psychology and Prostitution of Women”. *Journal of Socialmics*, núm. 4, 2015, pág. 1, señala que: “el análisis teórico de la investigación científica y de género, ha destacado la importancia de la reflexión crítica sobre la posición epistemológica adoptada en cuestiones relativas a la mujer”.

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *La igualdad de género como eje del trabajo decente*. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión (Ginebra), 2009, pág. 54.

³ En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Análisis crítico del régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento de hijo”. *Revista de Derecho Social Separatas*. Núm. 13, 2001, editorial Bomarzo, Albacete, pág. 107, quién señala: “La maternidad, entendida en sentido amplio e incluyente de los períodos de embarazo, parto, puerperio y lactancia, es objeto de tutela al más alto nivel en el orden interno, internacional y de la Unión Europea. El fundamento de tan intensa y extensa protección radica en su trascendental e insustituible función social”.

para cumplir funciones maternas y familiares?, ¿qué clase de trabajo era idóneo para una mujer?⁴.

La fuente del problema de la mujer trabajadora estaba en la sustitución de la producción doméstica por la producción fabril, que tuvo lugar durante el proceso de industrialización. Como en el periodo preindustrial se pensaba que las mujeres compaginaban con éxito la actividad productiva, el cuidado de la descendencia y el trabajo doméstico, se pensó que el supuesto traslado en la localización del trabajo hacía difícil tal cosa, cuando no imposible. En consecuencia, se sostenía que las mujeres sólo podrían trabajar unos períodos cortos de su vida, para retirarse del empleo remunerado después de casarse o de haber procreado, y volver a trabajar más adelante, únicamente en el caso del que el marido no pudiera mantener a la familia⁵.

No obstante, a lo largo del siglo XX, la mujer se incorpora de forma progresiva al mundo laboral y se hace necesaria una regulación de la maternidad. La protección jurídica de la maternidad se inicia a nivel internacional en 1919, con el Convenio nº 3 de la OIT donde se reconocía una licencia retribuida de seis semanas posteriores al parto⁶. En el Convenio de la OIT nº 103 de 1952, se incrementa el descanso por maternidad a doce semanas como mínimo, de las cuales seis debían ser posteriores al parto⁷. Ambas normas internacionales se centraban exclusivamente en un permiso que disfruta la madre por nacimiento de hijo o hija, y cuya finalidad principal era la recuperación de esta tras el alumbramiento.

La última norma internacional de la OIT sobre protección de la maternidad, es el Convenio nº 183 del año 2000, que revisa todas las normas dictadas por este organismo en materia de protección de la maternidad, y donde se dispone una licencia de 14 semanas, con un periodo obligatorio de seis posteriores al parto⁸.

⁴ SCOTT, J.W.: “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. *Historia de las mujeres en occidente*, vol. 4, Taurus Ediciones, España, 1993, pág. 405.

⁵ SCOTT, J.W.: “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. Cit., pág. 406.

⁶ Art. 3, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio sobre la protección de la maternidad, convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Núm. 3, 1919, Ginebra.

⁷ Art. 3, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio relativo a la protección de la maternidad. Núm. 103, 1952, Ginebra.

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183, 15 de junio de 2000, Ginebra. Art. 4 “*Toda mujer a la que se aplique este*

La existencia de normas jurídicas vinculadas al hecho de la maternidad es una constante de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Desde los albores de la legislación laboral y hasta el momento actual, cualquier ordenamiento jurídico calificable de social debe contemplar la maternidad de la mujer trabajadora⁹.

Por otra parte, la maternidad entendida según la definición dada por la RAE, es el “Estado o cualidad de madre”¹⁰, por tanto no exige el previo hecho del parto; por ello, en consecuencia con esta definición, nuestro actual ordenamiento jurídico, da protección a ambas maternidades, biológica y por adopción o acogimiento.

En cuanto a la evolución de la protección de la maternidad en nuestra legislación laboral se podrían distinguir cuatro etapas. La primera se podría calificar de proteccionista-paternalista, y abarca desde sus orígenes hasta el final de la dictadura franquista¹¹. La segunda etapa se inició con la democracia y buscaba la igualdad de derechos entre mujeres y hombres. La tercera está enfocada a conseguir la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y se inicia a partir de 1999, y la cuarta, a partir del año 2007, pretende conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres y la no discriminación laboral por maternidad.

Convenio tendrá derecho a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas y ante la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, esta incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores”. El Convenio también incluye que deberán proporcionarse prestaciones pecuniarias a toda mujer que se ausente del trabajo en virtud de esta licencia, en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo o hija condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Con objeto de proteger la situación de las mujeres, estas prestaciones deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos (art. 6). Igualmente, ofrece protección frente al despido, al prohibir al empleador o empleadora que despidan a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia o después de haberse reintegrado al trabajo, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento o la lactancia (art. 8). Asimismo, la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con la maternidad incumbirá a la empresa. Por ello se, “*garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad*”. Este convenio no ha sido ratificado por España, aunque nuestra legislación laboral cumple con todas las disposiciones establecidas en él; asimismo cuenta con una licencia por maternidad de mayor duración 16 semanas) frente a la licencia prevista en el convenio 183 de la OIT (14 semanas).

⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, *Políticas de género de Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2007, Edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág. 3.

¹⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 23ª Edición, publicada en octubre de 2014, www.rae.es. Consultado el día 26-04-2016.

¹¹ Sobre esta materia, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C. en, GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, DM, Murcia, 2001.

1. Primera etapa: Fase proteccionista

La necesidad de legislar la protección de la maternidad se inicia a finales del siglo XIX, debido a que las mujeres constituyen el 50, 60 e incluso el 80% de la población trabajadora de los centros industriales, pues al ser una mano de obra más barata y desempeñar las mismas funciones que sus compañeros, eran más solicitadas por las empresas¹². No obstante, la actividad laboral de las mujeres no puede reducirse al ámbito de las fábricas y talleres, ya que realizaban otras actividades como servicios de lavandería, planchado, costura o servicio doméstico. En 1877, la actividad femenina era del 17,1%, lo que indica cierto peso de la mano de obra femenina; aunque la actividad laboral de la mujer casada sufría fluctuaciones en función de la evolución de las necesidades de la familia, que estaban condicionadas por factores como la edad, el número de descendientes o la situación económica del marido, la mayoría de las mujeres de la clase trabajadora aportaban ingresos vitales a la economía familiar¹³.

En este contexto, el primer intento de legislar en favor de las madres trabajadoras parte de la Comisión de Reformas Sociales que, en 1891, encarga un proyecto de ley sobre el trabajo de la mujer. En la base 4ª de este proyecto, presentado el 9 de marzo de 1891, encontramos por primera vez referencia al tema maternal al establecer que *“las paridas no podrán ser admitidas en los establecimientos industriales o mercantiles, sino después de las cuatro semanas siguientes al parto”*¹⁴. Sin embargo, la comisión de Reformas Sociales emitió el 14 de abril de ese mismo año un nuevo proyecto en el que no aparece el artículo dedicado a la protección de la madre.

Posteriormente, Cánovas del Castillo presenta el proyecto de ley de 25 de mayo de 1891, cuyo artículo 3º establece que *“se prohíbe emplear a las mujeres, durante los días inmediatos al parto, en trabajos notoriamente perjudiciales para la salud”* lo que tampoco se materializa. No es hasta el Gobierno del ministro Dato cuando el tema

¹² CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*. Núm. VI, 1985. Edita Universidad Complutense, pág. 147.

¹³ NASH, M.: “Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en la España del siglo XIX”. *Historia de las mujeres en occidente*, vol. 4, 1993, Ediciones Taurus, España, pág. 595.

¹⁴ CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. Cit., pág. 150.

maternal vuelve a estar consignado en los artículos del proyecto que después de muchos debates, discusiones y modificaciones, llegó a ser sancionado por S.M. la Reina Regente María Cristina, convirtiéndose en la “Ley de 13 marzo de 1900, reguladora del trabajo de las mujeres y los niños en los establecimientos industriales y mercantiles”¹⁵.

Así, el origen de nuestra legislación sobre maternidad tienen lugar a principios del siglo XX, cuando el Estado, ante la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, fruto de la Revolución Industrial, empieza a estar preocupado, por una parte, por el importante descenso de la natalidad, y por otra, por las condiciones físicas y sanitarias de las madres trabajadoras y de sus hijos e hijas en las fábricas¹⁶.

La finalidad de la Ley de 13 de marzo de 1900 no era la protección de la maternidad de las obreras, sino regular las condiciones de trabajo de mujeres y niños ante la situación social creada, así como las consecuencias que tenía en el crecimiento demográfico y el desarrollo económico del país. Tenía un contenido exclusivamente laboral y no de protección social porque no se recogía ninguna prestación para la trabajadora o su familia durante el periodo de descanso obligatorio, durante el cual no cobraba ningún sueldo. Tampoco incluían ningún tipo de asistencia médica. Esta primera legislación refuerza el rol tradicional de la mujer como cuidadora y concibe a las mujeres como seres inferiores, subordinadas a la función maternal para lo que están destinadas. Esta Ley encontró graves obstáculos en su aplicación efectiva, tanto por parte de los patronos, como de las propias trabajadoras, que incluso protestaron contra ella, ya que el descanso obligatorio no era retribuido y constituía una merma en sus ingresos ya de por sí precarios¹⁷.

Las principales novedades de esta Ley sobre la protección de la maternidad vienen recogidas en su artículo 9, que establece: “*No se permitirá el trabajo a las mujeres durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causa de*

¹⁵ CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. Cit., pág. 151.

¹⁶ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*. Tesis doctoral fecha de lectura 28-01-2011. Universidad Autónoma de Barcelona. Dpto. Ciencia Política y Derecho Público. Co-directoras de tesis: Dra. Francesca Puigpelat Martí y Dra. Encarna Bodelón González, pág. 170.

¹⁷ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, cit., págs.192-193.

próximo alumbramiento por una obrera el cese, se le reservará el puesto desde que lo haya solicitado y tres semanas después de dicho alumbramiento". Estamos, pues, ante el antecedente, en nuestra legislación, de la suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo, en el supuesto de parto, hoy regulada por el art. 48.4 del ET.

Con su Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900, se amplían las precisiones contenidas en la Ley, estableciendo la posibilidad de que las mujeres, estando ya en su mes octavo de embarazo, solicitaran el descanso obligatorio por parto; y se introduce la posibilidad de ampliar el descanso obligatorio hasta cuatro semanas después del parto, si el médico certificase que la mujer no estaba en condiciones de incorporarse aún al trabajo¹⁸.

El siguiente paso en la protección de la maternidad se da durante el reinado de Alfonso XIII, con la Ley de 8 de enero de 1907, que amplía el alcance de la Ley de 13 de marzo de 1900, y su Reglamento de aplicación, y corrige alguna de las contradicciones en las que incurrieran estas dos normas, dando una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900, para establecer que "*queda prohibido el trabajo a las mujeres por una duración de cuatro a seis semanas después del parto*". Este plazo nunca podría ser inferior a cuatro semanas, y se extendía a cinco o seis presentando un certificado médico que constatará que la madre no estaba en condiciones de reanudar su trabajo sin menoscabo de su salud. Durante todo este tiempo, la trabajadora tenía derecho a que el patrono le reservara su puesto de trabajo en la fábrica. Junto a esta medida protectora, se estableció que la mujer que entrara en el octavo mes de embarazo podía solicitar la suspensión del trabajo, que le sería concedida previo informe favorable del médico, en cuyo caso se le reservaría su empleo¹⁹.

La anterior redacción de la Ley (año 1900) sólo se refería que este derecho podía ser ejercitado por la trabajadora por causa de "próximo alumbramiento", pero sin delimitar de un modo claro el tiempo de inicio. De este modo, la nueva redacción daba seguridad jurídica en el ejercicio del derecho a la mujer embarazada, y ponía en

¹⁸ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, cit., pág.192.

¹⁹ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: "La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907". *IUSLabor* núm. 2, 2007, Universitat Oberta de Catalunya, www.upf.edu/iuslabor/022007/Historia2Guillermo.pdf. Consultado día 19-02-2013. pág. 2.

concordancia la Ley y el Reglamento. A pesar de esta reforma, el mundo obrero no encontró satisfacción total con esta medida, pues se entendió que debía ser complementada con un sistema indemnizatorio que permitiera a la mujer sobrevivir durante los meses en los que se ausentara de su trabajo con motivo de la maternidad²⁰. Prohibirles trabajar de 4 a 6 semanas tras el parto, sin remuneración alguna, provocó que las mujeres quedaran desprotegidas, y algunas de ellas se vieran obligadas a trabajar, a pesar de la prohibición, los días inmediatamente anteriores o posteriores al parto. La razón por la que la ley no contemplaba una protección económica durante el tiempo de descanso, radicaba en que el salario de las mujeres trabajadoras se consideraba un complemento al salario del varón, ya fuera el padre o el marido.

A pesar de ello, esta norma situaba a nuestro ordenamiento jurídico entre los más avanzados en materia social, y, en concreto, la protección de la maternidad fue considerada como extraordinariamente avanzada en la época, a la vez que constituyó un ejemplo para otros países de nuestro entorno; al establecer la necesidad de reposo de la mujer antes de dar a luz, España se adelanta a la legislación extranjera, porque, exceptuando Suiza, los demás países omiten este tema tan importante en su legislación²¹.

En el año 1919, España asistió a la Primera Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Washington, en la que se aprobó un proyecto de Convenio sobre el seguro de maternidad que afectaba básicamente a las trabajadoras industriales o comerciales, por el que se acordó que la obrera tenía derecho a descansar seis semanas antes del parto y se le prohíbe trabajar hasta seis semanas después, obligándose los Estados a facilitar a las madres obreras la asistencia gratuita de comadrona o médico y una indemnización por los salarios perdidos, todo ello satisfecho por el Tesoro público o por medio de un Seguro. Tras esta Conferencia, en España en la Ley de Presupuestos de 26 de julio de 1922 se incluye un artículo, (el 32), que autoriza al Ministerio de Trabajo para establecer un sistema de seguros, con subvención del Estado, para hacer efectivos estos

²⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”. Cit., pág.3.

²¹ CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. Cit., pág. 153.

derechos a favor de la mujer obrera, y autorizaron un crédito para hacer efectiva la aportación que correspondiera al Estado para implantar el sistema de seguro.

Así pues, la consecuencia más importante de esta Conferencia fue el Real Decreto de 21 de agosto de 1923, con el que se consiguieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de un seguro obligatorio de maternidad²². Con este Real Decreto queda modificada por segunda vez la Ley de 13 de marzo de 1900, al aumentar el descanso obligatorio a 6 semanas antes y después del parto y reconocer el derecho al subsidio de maternidad después del parto. Se remedia así aunque de forma provisional, la situación de desprotección en la que quedaban las trabajadoras al tener que suspender su contrato por maternidad sin derecho a prestación alguna durante la suspensión.

Nace así el subsidio “provisional de maternidad, consistente en 50 pesetas pagadas por el Estado, por cada parto. Por tanto, el hecho de tener en él dos o más hijos(as) no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo. Tienen derecho a este subsidio todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones: estar afiliadas en el régimen obligatorio de retiro obrero, no abandonar a la criatura recién nacida y abstenerse de todo trabajo durante dos semanas. Para hacer efectivo el cobro tenían que solicitarlo forzosamente dentro del plazo de tres meses a contar desde el día en que se dio a luz. Este subsidio comienza a ser efectivo a partir del 15 de octubre de 1923²³.

La experiencia del subsidio de maternidad llevó al Instituto Nacional de Previsión a presentar un anteproyecto de Seguro Obligatorio de Maternidad, motivo por el cual el 22 de marzo de 1929, a través de un Real Decreto Ley, el Subsidio Obligatorio de Maternidad se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 1 de octubre de 1931 para que entrara en vigor²⁴. Según su Exposición de Motivos el Seguro obligatorio de Maternidad era necesario para cumplir un compromiso internacional;

²² CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. Cit., pág. 157.

²³ PUBLICACIONES INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN. El subsidio de maternidad, 1923, Madrid. Fuente: Universidad de Sevilla. Biblioteca de la Facultad de Derecho.

²⁴ CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. Cit., pág. 159.

para acabar con la inconsecuencia de imponer un descanso y, por lo tanto, la pérdida de salario, sin la indemnización correspondiente; para velar por la vida y la salud de la madre obrera y de sus hijos y, por consiguiente, aumentar el valor biológico de la raza²⁵.

El Real Decreto-Ley determina que las beneficiarias del Seguro de Maternidad serán todas las obreras y empleadas que estén inscritas en el Régimen obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sean su edad, nacionalidad y estado civil. Y les concede una serie de beneficios sanitarios y una indemnización durante los descansos (seis semanas antes del parto si fuera necesario y el descanso obligatorio seis semanas tras el parto)²⁶.

La implantación de este inicial seguro de maternidad, pese al avance social que suponía, encontró rechazos en el ámbito político y laboral, en gran parte surgidos de las propias mujeres, de forma particular, entre las viudas y las madres solteras, que no querían cotizar y, de forma general, al hacer obligatoria la cotización ya que no aceptaban el descuento de la cuota del seguro del salario y, además, exigían un seguro de enfermedad que cubriera todas sus necesidades.

Sin embargo, no es hasta el año 1931, durante la Segunda República, que el Subsidio Obligatorio de Maternidad se hace efectivo, ya que su aplicación presentaba dificultades. El Presidente de la II República española publica el 26 de mayo de 1931 un Decreto para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929, implantando el “Seguro Obligatorio de Maternidad”. Este Decreto fue declarado Ley de

²⁵ Real Decreto-Ley de 22 de marzo de 1929 («Gaceta» del 24) estableciendo el Seguro obligatorio de Maternidad, núm. 292, 1931, pág. 5.

²⁶ En este sentido PONS PONS, J.: Los inicios del seguro social de salud en España, 1923-1949. Del seguro de maternidad al seguro obligatorio de Enfermedad. XVI Encuentro de Economía Pública. (16. 2009. Granada). <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942283>, consultada el día 19-02-2015, pág. 9. Tenían derecho a los siguientes beneficios: La asistencia de comadrona o médico y de farmacia en el parto, para los períodos de gestación y puerperio; y una indemnización durante el descanso, que será obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto. Se reconoce a la asegurada el derecho a descansar y a la indemnización consiguiente desde seis semanas antes del parto, mediante una declaración del médico o de la comadrona, en la que se prevea que sobrevendrá el parto probablemente dentro de ese período. Además se reafirman todos los derechos de la madre trabajadora establecidos en el Real Decreto de 23 de agosto de 1923. El nuevo sistema se basaba en un régimen de cotización. El patrono debía abonar una cuota de 1,90 pesetas trimestrales por asalariada y la cuota obrera era de 1,85 pesetas al trimestre. El empresario era el encargado de descontar la cuota obrera del jornal. La indemnización oscilaba entre las 90 y 180 pesetas según los periodos cotizados.

la República el 9 de septiembre de 1931²⁷; ley que entrará en vigor el día 1 de octubre de 1931.

La Ley declara beneficiarias de este seguro a todas las mujeres asalariadas trabajadoras, afiliadas al Retiro Obrero, cualesquiera que fuera su nacionalidad, y estado civil, que se encontraran entre los dieciséis y cincuenta años. Por lo tanto, el seguro de maternidad se otorgaba bajo un doble criterio: sociológico, (condición de obrera o empleada), y jurídico, (inscripción en el régimen del Retiro Obrero). El concepto de trabajadora asalariada era muy amplio, y tan sólo estaban excluidas las trabajadoras del servicio doméstico. Pero esta exclusión era importante porque se calcula se estaba dejando sin protección aproximadamente a una tercera parte de la población activa femenina de 1930. También hubo intentos de excluir a las mujeres solteras por razones de moralidad, pero predominó la idea de que la protección legal era hacia las madres²⁸.

Con esta ley se otorgaba una doble protección a la mujer trabajadora. Por una parte se daba una protección económica mediante descansos retribuidos con una subsidio durante las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto, así como un subsidio por lactancia; y de otra parte, se otorgaba una protección sanitaria, al implantar el derecho a la asistencia médica y farmacéutica gratuita durante el embarazo, el parto y el descanso obligatorio.

²⁷ Decreto implantando el Seguro obligatorio de Maternidad (fecha 26 de mayo de 1931, “Gaceta” del 27 y declarado Ley de la República en 9 de septiembre de 1931 (“Gaceta” del 10).

²⁸ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, cit., págs. 195-196. El seguro obligatorio de maternidad tenía una serie de condiciones para ser beneficiaria había un límite de remuneración anual de la trabajadora (4.000 pesetas), debía de haber contribuido un periodo mínimo de tiempo (dieciocho meses mínimo) y tenía que haber sido reconocido y asesorado por un médico especializado al sentirse embarazada o al menos dentro de los dos meses anteriores al parto. Igualmente la prestación económica obligaba al descanso durante las seis semanas posteriores al parto. El contenido del seguro obligatorio por maternidad incluía los siguientes derechos y prestaciones:

- Derecho a la asistencia médica gratuita durante el embarazo, el parto y el descanso obligatorio y la asistencia farmacéutica.
- Derecho a una prestación económica durante las seis semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto.
- Derecho a la utilización gratuita de las instituciones (“las obras”) de protección a la maternidad y a la infancia. Estas instituciones estaban pensadas para ofrecer a las mujeres recursos que evitaran la mortalidad materna e infantil (escuelas de puericultura, comedores de madres lactantes, asilos de madres convalecientes, salas de partos, guarderías).
- Derecho a un subsidio por lactancia de los hijos/as, de cinco pesetas por semana por cada hijo/a, con un máximo de diez semanas. La finalidad de este subsidio era mejorar la alimentación de las madres, así que podía ser abonado en metálico o en especie (leche u otros alimentos).
- Derecho a una remuneración extraordinaria en casos especiales como enfermedad persistente del hijo o hija una vez pasado el descanso legal de seis semanas, operación quirúrgica de la madre por enfermedades derivadas del parto, o parto múltiple.

La legislación laboral de la Segunda República española intenta mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras; por ello, en la norma más importante de este periodo de la historia de España, la Constitución de 1931, se legisla por primera vez sobre protección social en norma constitucional, se señala textualmente la protección a la maternidad en su artículo 46²⁹. Así, la Constitución de 1931 brinda una especial protección a la maternidad; pero, por el contrario, también ofreció “otro tipo de protección” a las mujeres, prohibiéndoles el acceso a determinados trabajos, por ser considerados peligrosos o penosos; esta prohibición fue, en aquella época, considerada como una protección a la maternidad, aunque estas medidas tenían un efecto negativo, ya que expulsaban a las mujeres del ámbito laboral.

Con la llegada de la Guerra Civil española (1936-1939), el país queda dividido en la zona republicana que continúa con la legislación dictada bajo el marco de la II República, y la parte nacional que apenas elabora normas nuevas al respecto. Es destacable, en esta época, la aprobación del Fuero del Trabajo, por Decreto de 9 de marzo de 1938, todavía bajo el conflicto civil, que sentaría las bases del nuevo sistema jurídico laboral del régimen franquista³⁰. El Fuero del Trabajo constituye el verdadero ideario del régimen franquista, y uno de los principios que proclama es que “*el estado liberará a la mujer casada del taller y de la fábrica*” (artículo II.1); con ello se pretendía romper con la liberación de la mujer iniciada durante la Segunda República, apartándola del mundo laboral para que se dedicara en exclusiva a la familia y al trabajo doméstico.

En esta línea, desde finales de los años treinta, y durante la década de los cuarenta, se erigieron en España numerosas barreras a la actividad laboral femenina³¹. Como ejemplo de ello, está la Orden del Ministerio de Organización y Acción Sindical de 27 de diciembre de 1938, que contemplaba el trabajo de la mujer en relación con las obreras en paro. En el articulado de esta disposición se recogía todo un proceso a fin de

²⁹ Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931. Art. 46 “*El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad...*”

³⁰ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, cit., págs.196-197.

³¹ ORTIZ HERAS, M.: “Mujer y dictadura franquista”. *Revista de ciencias sociales Aposto*. Núm.28, mayo 2006, Universidad de Castilla-La Mancha, pág. 9.

conocer a través de las Organizaciones Sindicales la situación de la mujer que trabajaba, las que estaban en paro, y las circunstancias de ambas. La mujer debía primordialmente dedicarse al hogar y apartarse del trabajo fuera de aquél. Sin embargo, se van a tener en cuenta los casos específicos de aquellas mujeres cabezas de familia por motivo de la guerra³².

Una vez acabada la guerra civil, con la Ley de 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones de Trabajo, se implantó la obligatoriedad del abandono del trabajo por parte de la mujer cuando contraía matrimonio. La mayoría de las Ordenanzas laborales y normativas de trabajo en empresas públicas y privadas establecieron despidos forzosos de las trabajadoras al contraer matrimonio; así hasta el año 1961, en el que las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas laborales dejan de contener cláusulas de despido por matrimonio; a partir de entonces, las trabajadoras, cuando se casaban, podían elegir entre continuar trabajando, acogerse a una excedencia temporal, de uno a cinco años, para dedicarse al cuidado de su familia o a una permanente, tras percibir una indemnización³³.

En lo referente a la protección por maternidad, en ese mismo año 1942, el 14 de diciembre, se aprueba la Ley del Seguro obligatorio de enfermedad, y su Reglamento por Decreto el 11 de noviembre de 1943, donde se brindó una protección de la maternidad análoga a la de la Incapacidad Laboral Transitoria, de manera que ambas contingencias aparecen reguladas de manera conjunta. Particularmente, se establece que en el caso de maternidad, las mujeres afiliadas percibirían el 60% de su salario, siendo el periodo de carencia para percibir la indemnización, de 9 meses antes de dar a luz; y entre los requisitos, se establecía que durante el año anterior al parto hubiera cotizado como mínimo 6 meses y que se abstuviera de trabajar durante el periodo de descanso. Las afiliadas estaban obligadas a un descanso de 6 semanas después del parto, y en caso de prescripción médica, 6 semanas antes, y el periodo voluntario era de 6 semanas antes

³² En este sentido, ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Aproximación histórica al principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)”. *Historia del Derecho y de las Instituciones, IUSLabor*, núm. 1, 2007, Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Autónoma de Barcelona. www.upf.edu consultada el día 27-02-2013, pág.3, señala lo que sigue: “La atención del Nuevo Estado, es que la mujer dedique su atención al hogar y se separe de los puestos de trabajo; pero es el caso que por consecuencia de la misma guerra, son numerosas las que, quedando como cabezas de familia, tendrán que trabajar para mantener a sus hijos”.

³³ ORTIZ HERAS, M.: “Mujer y dictadura franquista”. Cit. págs. 11-12.

del parto³⁴. En comparación con el seguro obligatorio de maternidad (1931), el seguro obligatorio de enfermedad establece la retribución en función del salario de la trabajadora (60%), y no una cantidad (4000 ptas. al año) para todas las trabajadoras por igual con independencia de su retribución. Además, el seguro obligatorio de enfermedad reduce a la mitad el periodo de carencia establecido en 1931, dejándolo en 9 meses antes del parto.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE) de 1942 incluía a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena, sin diferenciar el sector productivo. Sin embargo, en la práctica, el SOE sólo se aplicó en los primeros años al sector industrial, cubriendo únicamente a las trabajadoras en las empresas industriales, aunque se extendió tiempo después a las obreras de la agricultura, con muchas dificultades³⁵.

Siguiendo con la tendencia de los años cuarenta de poner trabas al empleo femenino, La Ley de Contrato de Trabajo de 1944³⁶, limita la capacidad jurídica de la mujer para celebrar contratos de trabajo y aprendizaje, al establecer que solo podrá trabajar *“la mujer casada, con autorización de su marido, salvo el caso de separación de derecho o de hecho, en el que se reputará concedida por ministerio de la ley para todos los efectos derivados del contrato, incluso el percibo de la remuneración”*(art. 11.d). Con esta limitación se considera que la mujer no tiene capacidad plena para contratar, y necesita de la licencia marital para completar dicha capacidad. Esta limitación también alcanza al cobro de su salario, que será administrado por su marido. Al mismo tiempo, dicha Ley estableció la necesidad de que las mujeres presentaran un certificado de vacunación y de no padecer ninguna enfermedad contagiosa para poder acceder a cualquier trabajo, requisito que, en cambio, no se exigía a los varones. Se intentaba justificar esta desigual exigencia en que se buscaba una mayor protección a las

³⁴ PONS PONS, J.: Los inicios del seguro social de salud en España, 1923-1949. Del seguro de maternidad al seguro obligatorio de Enfermedad. Cit., págs. 16-17.

³⁵ VILAR RODRIGUEZ, M. y PONS PONS, J.: La cobertura social de los trabajadores en el campo español durante la dictadura franquista. XIV Congreso de la Sociedad Española de Historia Agraria, Badajoz 2013, <http://seha.info/congresos/articulos/B.1.%20Vilar%20y%20Pons.pdf>. Consultado el día 2-11-2015, pág. 8.

³⁶ Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. (BOE, núm. 55).

mujeres, que frecuentemente amamantaban a sus hijos o hijas en las salas de lactancia acondicionadas para ello en los establecimientos de trabajo³⁷.

En cuanto a la protección ofrecida por maternidad, la mujer que hubiese entrado en el octavo mes de embarazo tenía derecho a abandonar el trabajo, siempre que presentase certificación médica en que se hiciera constar que el alumbramiento se produciría aproximadamente en el término de seis semanas y no se reintegraría a su ocupación hasta el transcurso de igual período de tiempo posterior al parto. El patrono debía reservar el puesto de trabajo a la obrera u operaria durante el tiempo autorizado³⁸. Así, la trabajadora embarazada tenía doce semanas de descanso, seis antes de dar a luz y otras seis con posterioridad al parto, siendo el único requisito para disfrutar de esta licencia el tener certificado médico que acreditara el embarazo y la fecha del parto.

Ya en la década de los años 60, con la liberalización de la economía surge la necesidad de contar con la mano de obra femenina, lo que llevó a aprobar la Ley sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer, de 22 de julio de 1961 (que no entra en vigor hasta el 1 de enero de 1962). Esta norma reconoce a la mujer los mismos derechos que al hombre para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, pero con algunas limitaciones³⁹.

En contraposición a las restricciones laborales, la ley establece que la mujer podrá celebrar cualquier clase de contrato de trabajo, y que, en las reglamentaciones de trabajo, convenios colectivos y reglamentos de empresa, no harán discriminación por razón de sexo o del estado civil, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral. De esta manera, desapareció la excedencia forzosa en el trabajo en el caso de contraer matrimonio y, aunque se mantuvo la exigencia de la autorización previa del

³⁷ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, cit. págs. 199-200.

³⁸ ESPUNY TOMAS, M.J.: “Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas”. *IUSLabor*, núm. 1, 2008, Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Autónoma de Barcelona, pág. 5.

³⁹ Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer. (BOE, núm. 175, de 24 de julio de 1961). Art. 3. Las mujeres pueden participar en oposiciones, concursos-oposiciones y cualesquiera otros sistemas para la provisión de plazas de cualquier Administración pública, excepto al “Ejército y Cuerpos que impliquen la utilización de armas para el desempeño de sus funciones; la Administración de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las jurisdicciones tutelar de menores y laboral; y al personal titulado de la Marina Mercante, excepto para las funciones sanitarias”. De esta manera se excluye a la mujer de algunos puestos dentro de la Administración, al considerarlas no aptas para estos empleos por sus limitaciones biológicas.

marido para poder trabajar, (esta no desaparece hasta la Ley 2 de mayo de 1975) se consideraba concedida en el supuesto de que la mujer trabajase antes de casarse.

En esta misma década, se aprueba el Texto Articulado de la Ley 193/1963, sobre Bases de la Seguridad Social⁴⁰, a través del Decreto 907/1966 de 21 de abril⁴¹, y se regula la protección por maternidad de forma análoga a la establecida para la Incapacidad Laboral Transitoria (ILT) derivada de enfermedad común, tratándose la maternidad como si fuera una enfermedad. En este sentido, esta vinculación a la prestación por incapacidad temporal viene establecida en su art. 126 c), y es debida a que la licencia por maternidad está supeditada a la imposibilidad de trabajar de la madre en las semanas posteriores al parto como consecuencia de los impedimentos físicos naturales durante el puerperio, razón por la que se entendía que esta licencia tenía como objeto, precisamente, intervenir frente a la carencia de salud de la madre tras el parto. Así, el permiso se conocía coloquialmente como baja por maternidad, denominación que se sigue usando aún en nuestros días.

En consecuencia, se establece una prestación económica consistente en un subsidio equivalente al 75% de la base de cotización de la trabajadora en la fecha en la que se declara iniciada legalmente la incapacidad. En cuanto al período de descanso obligatorio por maternidad, será de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, y en su caso, por prescripción médica, seis semanas anteriores a la fecha prevista del parto. Igualmente se establece un descanso voluntario, no prescrito como obligatorio por el médico, que disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un período de tiempo inmediato a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas. Una vez comenzado el descanso anterior al parto, tanto si era voluntario como

⁴⁰ Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 1963).

⁴¹ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. (BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1966). Que entra en vigor el 23 de abril de 1966, aunque el Régimen General de la Seguridad Social que se regula en la presente Ley, no tendrá efecto hasta el día 1 de enero de 1967. Art. 126 c): “*Tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad*”.

obligatorio, la beneficiaría no podía volver al trabajo hasta que hubiesen transcurrido las seis semanas de descanso obligatorio posterior al parto⁴².

En la década de los 70 se amplía la protección, al concederse a la madre de familia numerosa con derecho a subsidio de maternidad, la posibilidad de solicitar con cargo al Fondo Nacional de Protección al Trabajo, de que se le complete dicho subsidio hasta el cien por cien del salario base de cotización (art. 4.2. Decreto 2310/1970, de 20 de agosto)⁴³. Con posterioridad, con la aprobación de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, aprobada por Decreto 2065/1974⁴⁴, se mantiene la regulación anterior y la consideración de la maternidad como situación de ILT (art. 126).

Cerca ya del final de la dictadura, con la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, se intenta consagrar el principio de igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral, al establecer que los derechos y obligaciones contenidos en la legislación laboral afectarán por igual al hombre y a la mujer⁴⁵. Asimismo, se prevé que la mujer, cualquiera que sea su estado civil, podrá convenir toda clase de contratos de trabajo y ejercitar los derechos correspondientes en iguales condiciones que el varón, inclusive la percepción de su remuneración (art. 10). Sin embargo, la norma brinda una protección especial a la mujer ya que determina que podrán ser excluidos los trabajos especialmente peligrosos, insalubres o penosos para su naturaleza, así como los que puedan afectar a su situación de embarazo o a la maternidad (art. 10.3). Se vuelve a dar un trato paternalista a la mujer trabajadora al considerarla biológicamente incapacitada para ciertos trabajos. Así, esta norma, por una parte, pretende ofrecerle protección al apartarla de aquellos trabajos que puedan afectar a su embarazo o maternidad, sin embargo va más allá de la protección a la mujer gestante o tras el parto, pues la norma la excluye también de aquellos trabajos que sean perjudiciales para su “naturaleza”, es decir, perjudiciales por su condición de mujer.

⁴² Véase, Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas. (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 1966).

⁴³ Art. 4.2 Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961 (BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1970).

⁴⁴ Art. 126 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 173, de 20 de julio de 1974).

⁴⁵ Art. 10 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. (BOE, núm. 96, de 21 de abril de 1976).

Por otra parte, en su artículo 25.4, establece que *“la mujer trabajadora tendrá derecho al menos a un periodo de descanso laboral de seis semanas antes del parto y ocho después del parto”*⁴⁶. Se incrementa el permiso por maternidad a catorce semanas, adelantándose España al Convenio n° 183 (OIT) sobre protección de la maternidad del año 2000, que estableció una licencia *“de maternidad de una duración de al menos catorce semanas y esta incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto”* (artículo 4), aunque este convenio nunca ha sido ratificado por España.

En esta primera etapa se da una protección a la mujer trabajadora de tipo paternalista, aunque hay que tener en cuenta el contexto histórico donde se desarrolla, ya que cuando se regularon los primeros derechos por maternidad el legislador pensó en la familia tradicional y en el papel de la mujer dentro de esa familia. Por ello la situación histórica de partida es la titularidad femenina exclusiva o preferente de la totalidad de los derechos vinculados a la maternidad o al cuidado de hijos e hijas o familiares⁴⁷, sin hacer partícipe, en la crianza al padre. A pesar de ello, esta primera etapa, aunque sea de carácter proteccionista, merece ser destacada, por ser la que instaura por primera vez en nuestra legislación laboral, la suspensión contractual y el Subsidio económico por maternidad.

No obstante, si se analiza esta etapa con perspectiva de género, cabe constatar que en ella se perpetuaban los roles de género, al ser el permiso por maternidad de titularidad exclusivamente femenina. Igualmente, se mantiene el estereotipo de la inferioridad de las mujeres, al ser tratadas como a seres débiles, necesitados de una protección especial; protección, que en el ámbito laboral se da apartándola de ciertos trabajos que pudieran perjudicarla, no únicamente durante el embarazo o tras la maternidad, cuestión lógica, sino del propio trabajo cuando este es peligroso o penoso por su condición de mujer, (o lo que es lo mismo, su condición de ser más débil), lo que limitaba su acceso al empleo en igualdad de condiciones que los hombres.

⁴⁶ Art. 25.4. Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

⁴⁷ PEREZ CAMPOS, A.I.: “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”. *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 47, 2014, pág. 176.

2. Segunda etapa: La igualdad de derechos

La Transición hacia la democracia favoreció que creciera el movimiento feminista que extiende a la mujer los mismos derechos del hombre y permitió la eliminación de las prohibiciones legales para que se produjera la igualdad. Durante la transición aparecen agrupaciones de mujeres por todo el ámbito nacional cuya presión permitió que la Constitución de 1978 (en adelante CE) hiciera suya la no discriminación por sexo⁴⁸. La CE en su art. 14 establece: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Recoge el principio de igualdad como derecho fundamental, y es a partir de entonces cuando la legislación de protección a la maternidad recibe un tratamiento diferente.

La igualdad ante la Ley es una de las primeras exigencias de una sociedad democrática y sería, por lo tanto una de las primeras cuestiones por las que empezarían a movilizarse las mujeres en el proceso de la Transición: primero se le reconocieron los derechos civiles, lo que supuso la derogación de la licencia marital y la supresión de las normas que establecieran la subordinación de las mujeres respecto a los hombres⁴⁹. Y a ellos se sumarían los derechos en el ámbito laboral.

No obstante, la CE, no recoge de manera explícita ningún derecho de las madres ni de los padres, ni ningún derecho referente a la maternidad ni a la paternidad. Tan sólo, en el art. 39.2, sobre la protección dispensada a la familia por parte de los poderes públicos, se menciona de manera explícita la protección de las madres. En él establece que los *“poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”*. Es una protección de la filiación, que ofrece un tratamiento igualitario a los hijos e hijas nacidas extramatrimonialmente, y a las madres solteras respecto de las casadas. La CE no regula una protección específica para las madres trabajadoras

⁴⁸ ORTIZ HERAS, M.: “Mujer y dictadura franquista”, cit., pág.15.

⁴⁹ ORTIZ HERAS, M.: “Mujer y dictadura franquista”, cit., pág.14.

respecto a sus derechos laborales; pero, en cambio, en su art. 14, establece como derecho fundamental, el derecho a la no discriminación por razón de sexo, que tiene importantes consecuencias en la protección por maternidad.

La protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico español, durante la democracia vendrá determinada por las Directivas europeas y los compromisos del Estado español bajo diversas convenciones internacionales, en especial de la OIT. Nuestro Ordenamiento jurídico empieza a incorporar precisiones en materia de maternidad, que incluyen principios de justicia social y de igualdad entre mujeres y hombres a partir de la década de los años 80.

Precisamente al inicio de esta década, entrará en vigor la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET 1980), donde se regula que el contrato de trabajo podrá suspenderse “*por maternidad de la mujer trabajadora*”⁵⁰ (art.45.d); con la creación de este nuevo supuesto de suspensión se desvincula la maternidad de la ILT, en un intento de que esta no sea considerada una enfermedad que solo sufren las mujeres trabajadoras. Ello no obstante, esta suspensión no llevaba aparejada una prestación económica por maternidad, sino por ILT (hoy IT), ya que esta contingencia específica por maternidad no es establecida por la Seguridad Social hasta el año 1995. En cuanto a la duración de la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en el supuesto de parto, se mantienen las catorce semanas ya existentes, pero se introduce, como modificación, que serán distribuidas a opción de la interesada (art. 48.4 ET). Se elimina así la obligatoriedad del descanso de las seis semanas anteriores al parto y ocho posteriores al parto de la anterior norma.

No será hasta finales de los ochenta, bien avanzada la nueva etapa democrática, cuando se aumenta a dieciséis semanas el permiso por maternidad, y se regula su ampliación en dos semanas más por parto múltiple en virtud de la Ley 3/1989, de 3 de marzo⁵¹, que justifica esta ampliación en su exposición de motivos. A tal efecto, el

⁵⁰ Art. 45.d Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE, núm. 64, de 14 de marzo de 1980).

⁵¹ Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. (BOE, núm. 57, de 8 de marzo de 1989). Exposición de motivos: “*En lo que se refiere al descanso por maternidad, que la duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la*

artículo primero de esta Ley modificó el apartado d) del número 1 del artículo 45 del ET 1980 que quedó redactado en los siguientes términos: *“El contrato se podrá suspender por maternidad de la mujer trabajadora y adopción de menores de cinco años”*. Igualmente se modifica el número 4 de su artículo 48, que queda redactado de la siguiente forma: *“en el supuesto de parto, tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso de éstas el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre”*. Con esta norma, por primera vez en nuestra legislación, se da un paso adelante en materia de corresponsabilidad, al establecer por una parte, que el padre podrá disfrutar el permiso de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, y por otra parte, al disponer que el padre podrá disfrutar las cuatro últimas semanas del permiso de maternidad. Para lo que, añade un supuesto nuevo en el artículo 48.4 ET, donde establece que *“en el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud.*

Igualmente, se adicionó un nuevo número al artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁵², reconociendo a las funcionarias los mismos derechos tanto en el supuesto de parto como en el de adopción. Algo novedoso y destacable del ET 1980, fue la introducción, por primera vez, de la suspensión contractual por adopción en nuestro ordenamiento jurídico, en los siguientes términos: *“En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas, contadas a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Si el hijo adoptado es menor*

Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de ésta con su hijo. En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la Maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia ésta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto. Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años”.

⁵² Art. 30 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 03 agosto de 1984).

de cinco años y mayor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas. En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho” (art. 48.4 ET). Se establece la duración de la suspensión en función de la edad del hijo o la hija adoptada, que si es menor de nueve meses, tendrá una duración máxima de ocho semanas, y si es menor de cinco años y mayor de nueve meses, la suspensión se reducía a seis semanas. En cuanto al ejercicio del derecho en el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercerlo, siendo la titularidad del permiso de ambos progenitores, aunque con toda probabilidad sería la madre quien disfrutara del derecho.

Con la instauración, en nuestro Ordenamiento Jurídico, de la figura del acogimiento como forma de convivencia del menor o la menor con una nueva familia, se modifican los permisos a través de la Ley 8/1992, de 30 de abril, de Modificación del Régimen de Permisos concedidos por las Leyes 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a los adoptantes de menores de cinco años. Como establece esta norma en su Preámbulo: *“es en el tiempo inicial del acogimiento cuando suelen producirse los problemas de adaptación, y necesidad de cuidados más intensos que justifican los permisos concedidos por estas leyes”*⁵³. A tal efecto, se modifica el último párrafo de número 4 del artículo 48 ET 1980, para introducir la licencia de maternidad por adopción – ampliándose el supuesto al acogimiento preadoptivo-. No obstante, se establecía que *“en el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho”*, “lo cual degeneraba habitualmente en un disfrute femenino exclusivo debido a la presión de los estereotipos de género”⁵⁴, cuestión que por otra parte se sigue produciendo pues siguen siendo las madres adoptantes-acogedoras quienes principalmente disfrutaban del permiso por maternidad.

A partir de 1995, se produce un avance importante con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁵⁵, que regula la

⁵³ Preámbulo Ley 8/1992, de 30 de abril, de Modificación del Régimen de Permisos concedidos por las Leyes 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a los adoptantes de un menor de cinco años. (BOE núm. 105, de 1 de mayo de 1992).

⁵⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2008, pág. 68.

⁵⁵ Art. 33 Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1994).

maternidad como una contingencia específica de la Seguridad Social, dejando de ser está considerada como una ILT; la Seguridad Social deja de este modo de tratar la maternidad como una enfermedad, y establece una prestación de maternidad cuya finalidad es el cuidado de la persona menor y la potenciación de la relación en la afectividad materno-filial en los primeros días de vida de la criatura.

Para ello, la anterior LGSS establece como situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento previo, al añadir un nuevo artículo el 133 bis⁵⁶. Trata de amparar no sólo la recuperación de la madre en caso de maternidad biológica, sino también el cuidado del menor, de ahí que se desligue la contingencia por maternidad de la contingencia por IT y se incluyan los casos de adopción y acogimiento. Tendrán derecho a esta prestación según su artículo 133 ter. LGSS⁵⁷ los trabajadores por cuenta ajena cualquiera que fuera su sexo, con ello la Ley pretende incluir a los hombres como beneficiarios, ya que podrán serlo por cesión de la madre en caso de parto de cuatro semanas o en caso de adopción o acogimiento previo por la totalidad del permiso.

Por otra parte, al dejar de equiparar la maternidad con una incapacidad por enfermedad, también se modifica la cuantía de la prestación, pasando del 75% que correspondía por IT, a un salario de sustitución del 100%. Aumento recogido en el artículo 133 quater LGSS⁵⁸. Este era probablemente el aspecto de la prestación por maternidad en que el deslinde de la IT era más necesario, fundamentalmente porque la disminución de ingresos familiares podía tener el efecto de provocar que adoptara la suspensión aquel miembro de la unidad familiar que menor retribución percibiera. En vista de la constatada segregación del mercado de trabajo y de la menor retribución del

⁵⁶ Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 154, de 29 de junio de 1994). Art. 133 bis. “A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento previo durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública”.

⁵⁷ Art. 133 ter LGSS: “Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior siempre que acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”.

⁵⁸ Artículo 133 quater LGSS, que determinaba: “la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”.

colectivo femenino, esta circunstancia podía ser un elemento de perpetuación de roles. Igualmente, la ampliación de la cobertura al 100% de la base reguladora disminuía el coste empresarial de completar la prestación hasta igualar el concepto salarial que se establecía en numerosos convenios colectivos, y que podía tener un efecto desincentivador de la contratación de mujeres en edad fértil⁵⁹.

Se produce, por tanto, un cambio normativo fundamental al desvincular definitivamente la prestación de maternidad de la prestación de IT. Sin embargo, muchos de los presupuestos que informaron la configuración de la prestación de maternidad como parte de la prestación de IT se mantuvieron durante bastante tiempo, por ejemplo, hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI); el padre no podía acceder a la prestación de maternidad si la salud de la madre corría peligro. Esta incompatibilidad de las situaciones de IT y de maternidad (aunque recayeran en personas distintas) resultaba una consecuencia de la configuración de la maternidad como derivación de la IT⁶⁰.

En esta segunda etapa, destaca como parte positiva la regulación por primera vez de la protección por maternidad en caso de adopción y acogimiento previo. Y las medidas para fomentar la implicación paterna, como el disfrute paterno del permiso en caso de fallecimiento de la madre, así como la posibilidad de que la madre le ceda cuatro semanas del mismo; aunque probablemente esta cesión no se produciría en la práctica al seguir muy arraigados en esta época, culturalmente y socialmente, los estereotipos asociados al género. Pero, sobre todo, es notable la regulación de la prestación por maternidad como una contingencia específica de la Seguridad Social y la ampliación de la protección del subsidio económico hasta el 100% de la Base Reguladora (en adelante BR).

3. Tercera etapa: La conciliación femenina

En esta etapa la protección por maternidad viene marcada por una norma que actualmente sigue en vigor, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la

⁵⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 69.

⁶⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., pág. 19.

conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante Ley de Conciliación). Su objetivo viene definido en su Exposición de Motivos donde declara que esta ley introduce cambios legislativos para que las personas trabajadoras puedan participar de la vida familiar y habla de favorecer los permisos por maternidad y paternidad⁶¹ aunque este último aún no existe, probablemente se refiere al permiso paterno por cesión materna del permiso por maternidad.

Con la Ley de Conciliación, conforme al artículo 45.1. d) ET el contrato de trabajo podrá suspenderse por *“Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años”*. Se vuelve a modificar la suspensión por adopción y acogimiento, y se establece que *“en caso de que la madre y el padre trabajen, el periodo de suspensión se disfrutará en opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados”*. Se elimina de este modo la traba existente de que sólo uno de los progenitores pudiera acceder a la licencia, lo que hacía que fuera la madre en exclusiva quien lo disfrutaba y se introduce la posibilidad de que la pareja se organice y pueda disfrutar este permiso de forma simultánea o sucesiva, pero, aun así, seguirá siendo la madre quien de forma habitual asuma la totalidad o la mayor parte de esta licencia.

En el caso de parto, con la finalidad de que los hombres puedan ser copartícipes en los cuidados, se amplía hasta diez semanas la existente opción de disfrute paterno, que anteriormente era de cuatro semanas, por cesión de la madre de una parte del permiso por maternidad, permitiendo que lo disfrute simultáneamente con ella, aunque la titularidad del derecho es exclusivo de la madre. Únicamente 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.

⁶¹ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. (BOE, núm. 266, de 6 de noviembre de 1999). Exposición de motivos: *“La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. 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 del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos e hijas desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”*.

Por otra parte, con la Ley de Conciliación se introduce algo novedoso hasta ahora en nuestro Ordenamiento Jurídico, y es la posibilidad de que el descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas, lo que hace que el subsidio sea compatible con la actividad laboral, sin que se altere la modalidad contractual (art.5); es decir, se mantiene la contratación a jornada completa aunque la suspensión contractual sea a tiempo parcial. Con esta medida de flexibilización, se pretendía fomentar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, así como posibilitar que las mujeres mantuvieran la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no fuera un obstáculo para su promoción profesional.

En cuanto a la duración del permiso por maternidad, la Ley de Conciliación la mantiene en 16 semanas, aunque introduce una ampliación en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hija o hijo a partir del segundo, (art. 5); es decir, cada criatura nacida a partir de la segunda sumará dos semanas extras al permiso, lo que supone una mejora respecto lo establecido anteriormente, dos semanas independientemente del número de nacimientos. Asimismo amplía hasta 16 semanas la duración de la suspensión en los supuestos de adopción y acogimiento para equipararla con el supuesto de parto.

En lo referente a la prestación económica, la Ley de Conciliación, en su disposición final primera, faculta al Gobierno para dictar las normas necesarias para el desarrollo y ejecución de la misma; a esa finalidad responde el Real Decreto 1251/2001, de 16 de Noviembre, que regulaba las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo⁶², derogando la regulación del descanso por maternidad del Decreto 3158/1966. Con este Real Decreto se produce la separación definitiva del subsidio por maternidad y del subsidio por IT, en aquellos aspectos en que ambos subsidios aún mantenían una regulación común.

⁶² Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. (BOE, núm. 276, 17 de noviembre de 2001).

En esta etapa, destaca de la ley de Conciliación la introducción del disfrute del permiso a tiempo parcial. Por su parte, es criticable que, aunque la legislación es neutra, la licencia por maternidad biológica sigue siendo de titularidad femenina y el padre solo puede acceder a ella en determinados supuestos. Si lo que pretendía la Ley de Conciliación era que las personas trabajadoras pudieran participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, debería haber incluido un permiso de uso exclusivo para el padre por motivo de su paternidad, en lugar de ampliar la cesión materna del permiso por maternidad que ya existía. Por ello, y por el resto de medidas conciliatorias contenidas en la Ley que se estudian detalladamente en el capítulo IV, se puede concluir que esta ley está pensada para que únicamente las mujeres concilien.

4. Cuarta etapa: En busca de la igualdad efectiva y real

La Unión Europea lleva varias décadas intentando conseguir la igualdad laboral entre mujeres y hombres mediante varias Directivas. Una de las más relevantes en materia de igualdad laboral ha sido la Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; esta norma constituyó un gran avance en esta materia, aunque contenía algunas lagunas y así, no definía la discriminación directa ni la discriminación indirecta, lo que fue abordado por la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por otro lado, la Directiva 76/207/CE excluía de su ámbito de aplicación toda la materia de Seguridad Social. Y sin un régimen adecuado de protección social resulta muy difícil conseguir una efectiva igualdad entre mujeres y hombres. En esta situación, aparece la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207⁶³.

En el artículo 2 de esta Directiva, prevé que *“Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar*

⁶³ ORELLANA CANO, A.N.: “El principio de igualdad en la jurisdicción social”. Incluido en el número monográfico sobre “El principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres: interpretación y aplicación por los tribunales”. *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 14, 2009. Edita Consejo del Poder Judicial, pág. 5.

*cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005*⁶⁴. Para dar cumplimiento a esta Directiva, nace la LOI, -tras un largo trámite parlamentario, de casi dos años-, que constituye la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2002/73⁶⁵.

El objetivo de la LOI viene definido en su artículo primero⁶⁶. Por ello, esta norma define en su artículo tercero que *“el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”*. La Ley hace especial referencia en este artículo a la discriminación que sufren las mujeres derivadas de la maternidad, de sus responsabilidades familiares o de su estado civil, lo que trasladado al ámbito laboral sería cualquier discriminación en el empleo como consecuencia de su embarazo, del disfrute del permiso por maternidad y del uso de las medidas de conciliación para atender las obligaciones familiares. Por otra parte, la norma hace referencia a la discriminación por su estado civil, ya que las mujeres pueden sufrir discriminación en el acceso al empleo en función de si están casadas y piensan ser madres en breve.

Pero la LOI va más allá y dedica su artículo 8 a la *“discriminación por embarazo o maternidad”*, afirmando que *“constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”*. Establece, con ello, la configuración de la maternidad como un auténtico derecho innato en la condición de ser mujer más que como una protección concedida⁶⁷. No obstante, la maternidad no es sólo mencionada como una fuente de discriminación, sino también

⁶⁴ Art. 2 Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 269/15, 5 de octubre de 2002).

⁶⁵ ORELLANA CANO, A.N.: “El principio de igualdad en la jurisdicción social”. Cit., pág. 6.

⁶⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE, núm. 71, 23 de marzo de 2007). Art. 1 *“Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”*.

⁶⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, cit., pág. 4.

como un objeto de tutela jurídica al establecer como criterios generales de actuación de los Poderes Públicos “*la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia*”⁶⁸.

En lo referente al permiso por maternidad, la LOI modifica el art. 48 ET y la regulación de la LGSS para acceder a la prestación económica en importantes aspectos: no se exige cotización a las trabajadoras menores de 21 años, se amplía el permiso en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, y hasta 13 semanas en caso de partos prematuros y en los que el neonato necesite hospitalización. Además, añade un nuevo supuesto, en el cual, en caso de fallecimiento del hijo o hija no se reduce el permiso de maternidad. Asimismo, y con gran acierto se configura por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico del subsidio de maternidad no contributiva, una prestación peculiar dentro del Sistema de Seguridad Social, que da protección en especial a las trabajadoras jóvenes con menor cotización e incluso ninguna, que han sido madres y que por su corta edad aún no han tenido oportunidad de trabajar y por tanto cotizar, y que anteriormente quedaban desprotegidas. Con la creación de este subsidio se corrige el desajuste que se producía durante la suspensión obligatoria de seis semanas tras el parto, cuando no correspondía prestación alguna por no cumplir con los requisitos mínimos de cotización; con lo que se garantiza una renta sustitutiva durante el descanso obligatorio tras el parto.

En cuanto a los derechos paternos, con la LOI, se reconoce el derecho del padre a disfrutar el permiso de maternidad en caso de fallecimiento de la madre aunque ésta no realizara ningún trabajo. Asimismo, el padre tiene derecho a la suspensión del contrato por maternidad si la madre no tiene acceso a la prestación. Con todo, la medida estrella en ese sentido es la creación del permiso por paternidad (que hasta ahora no existía en nuestro Ordenamiento jurídico). Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento.

Por otra parte, esta norma amplía la acción protectora de la Seguridad Social al introducir en nuestro Ordenamiento Jurídico tres nuevos subsidios: el correspondiente al

⁶⁸ Art. 14.7 LOI.

permiso por paternidad, la maternidad no contributiva y el que se concede en supuestos de riesgo durante la lactancia natural. Además, la LOI añade una protección indirecta de la maternidad a través de las cotizaciones ficticias al establecer “los períodos de cotización asimilados al parto” que computan el tiempo que las mujeres no han trabajado por dedicarlo a la maternidad como cotizado a efectos de futuras pensiones de jubilación y de incapacidad permanente. Otra innovación es la regulación del disfrute del subsidio en los casos en que las personas trabajadoras por cuenta propia pasen a desempeñar su actividad a tiempo parcial, que se introduce como novedad destacable del RD 295/2009, de 6 de marzo, según el mandato contenido en la disposición adicional undécima bis de la anterior LGSS, en la redacción efectuada por la LOI. Precisamente, el desarrollo reglamentario de las modificaciones introducidas por la LOI, se efectúa mediante el aludido RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Esta norma sustituye al anterior RD 1251/2001, que se actualiza con las innovaciones incorporadas por la LOI, sin que se alteren los aspectos fundamentales de la norma del 2001.

Como no podía ser de otra manera, la LOI intenta hacer uso de un lenguaje no sexista y para ello cambia la referencia a “la madre y el padre” sustituyéndola por “ambos progenitores”, y al mismo tiempo pretende integrar en ella a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

En esta última etapa entra en vigor, el 13 de noviembre de 2015, el nuevo Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁶⁹ cuya justificación viene dada en su introducción, debido a que el vigente hasta ese momento fue aprobado en marzo de 1980 y se refundió por primera vez en el año 1995, y en los 20 años transcurridos desde entonces el ET ha sido modificado en múltiples ocasiones, esto hacía necesario realizar un nuevo texto refundido que no implicara novedades sustantivas en la materia. En lo referente a

⁶⁹ 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. (BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015). Según su introducción, el Gobierno pretende aprobar “*un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado*”.

la protección por maternidad y paternidad se reproduce básicamente el contenido del ET de 1995 con algunas adaptaciones; así, respecto a la suspensión con reserva del puesto de trabajo (art. 48), se altera el orden de diversos epígrafes, pero sin modificar su contenido. No obstante, el ejecutivo no ha aprovechado la ocasión para suprimir el lenguaje no sexista del texto, ya que el nuevo ET sigue usando términos genéricos para incluir a ambos sexos, como por ejemplo, “trabajadores” en lugar de “personas trabajadoras”; igualmente nombra a “los hijos” incluyendo en el término también a las hijas, en lugar de mencionarlas expresamente. Igual sucede cuando se refiere a “los empresarios”, al nombrarlos siempre en masculino como si no hubieran mujeres empresarias; no siendo entendible que quienes han redactado la norma no usen en este caso las palabras “las empresas o la empresa”, que serían las correctas.

En definitiva, en esta cuarta y última etapa, se pretendía conseguir la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, pero aunque la intención de la LOI es magnífica, en la práctica la igualdad no se termina de alcanzar al seguir construida la sociedad en base al modelo masculino. Para que la igualdad entre mujeres y hombres se haga realidad se tiene que dar que hombres y mujeres participen por igual en la crianza. La LOI intenta crear una regulación para ello mejorando el disfrute paterno por fallecimiento de la madre y con la introducción de un nuevo supuesto de disfrute por el padre por ausencia de derecho de la madre (en el caso de algunas trabajadoras por cuenta propia). Pero, sobre todo, con la instauración por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico del permiso por paternidad, de titularidad masculina, de uso exclusivo para el padre o el otro progenitor y desvinculado del permiso por maternidad.

Para concluir este apartado y, a modo de resumen, se incorporan dos cuadros de la evolución histórica del permiso por maternidad, divididos en dos bloques: el primero abarca desde su inicio e incluye todas las normas pre-constitucionales, y el segundo bloque se extiende desde la Constitución de 1978 y hasta el momento actual. La elaboración estas tablas núm. 1 y 2 es propia a partir de algunos datos contenidos en otra tabla del estudio titulado *¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?*⁷⁰.

⁷⁰ PEREZ GUARDO, R. y SERRANO SERRANO, N.: “¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?”. *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 33. 2013, pág. 40.

Tabla núm. 1. Evolución histórica del permiso por maternidad desde sus inicios y hasta las normas pre-constitucionales

Norma	Ámbito de aplicación y subjetivo	Duración	Remuneración	Cesión al padre
Ley 1900	Trabajadora-Nacimiento por parto	3 semanas	No	No
Reglamento 1900	Trabajadora-Nacimiento por parto	4 semanas	No	No
Ley 1907	Trabajadora-Nacimiento por parto	4-6 semanas	No	No
RD 1923	Trabajadora-Nacimiento por parto	6 semanas antes y 6 tras el parto	50 pesetas	No
Ley 1931	Trabajadora-Nacimiento por parto	6 semanas posteriores al parto	4000 pesetas/año	No
Decreto 1943	Trabajadora-Nacimiento por parto	6 semanas tras el parto, por prescripción médica 6 antes	60% salario	No
Ley 193/1963	Trabajadora-Nacimiento por parto	12 semanas (6 semanas antes parto y 6 semanas tras el parto)	75% Base de cotización	No
Ley 16/1976	Trabajadora-Nacimiento por parto	14 semanas (6 antes parto y 8 tras el parto)	75% Base de cotización	No

Tabla núm. 2. Evolución histórica del permiso por maternidad desde la Constitución de 1978 y hasta el momento actual

Norma	Ámbito de aplicación y subjetivo	Duración	Remuneración	Cesión al padre
ET 1980	Trabajadora-Nacimiento por parto	14 semanas (6 obligatorias tras parto)	75% Base de Cotización	No
Ley 3/1989	Trabajadora-Nacimiento por parto	16 semanas (6 tras parto)	75% Base Reguladora	4 semanas
	Ambos progenitores-adopción menores 5 años	8 semanas menores 9 meses 6 semanas menores de 5 años		
Ley 42/1995	Igual anterior	Igual anterior	100% Base Reguladora	4 semanas
Ley Conciliación 1999	Trabajadora-nacimiento por parto Ambos progenitores-adopción o acogimiento menores 6 años	16 semanas 2 más por parto o adopción múltiple	100% Base Reguladora	10 semanas
Ley Igualdad 2007	Trabajadora-nacimiento por parto. Ambos progenitores Adopción o acogimiento	16 semanas 2 más por discapacidad del menor	100%	10 semanas
	Trabajadora-nacimiento por parto	Hasta 13 semanas nacimiento prematuros u hospitalización neonato		
	Trabajadora-Nacimiento por parto	42 días	Subsidio contributivo no 100% IPREM	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la tabla según cita a pie de página núm. 70

II. LA LICENCIA POR MATERNIDAD

La licencia por maternidad en nuestro Ordenamiento Jurídico tiene una doble protección:

1ª. La suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, anteriormente regulada por el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el 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 (en adelante, anterior ET), y desde el día 13 de noviembre de 2015, por el nuevo texto refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

2ª. El pago de una prestación económica de la Seguridad Social para cubrir la pérdida de rentas del trabajo dejadas de percibir mientras dura la licencia por maternidad de quienes trabajan por cuenta ajena, establecida en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁷¹.

Respecto de las personas que trabajan por cuenta propia, la anterior LGSS extendió a este colectivo la protección por maternidad y paternidad para cubrir la pérdida de ingresos por la interrupción de la actividad; así, en su Disposición adicional undécima bis, estableció que en el supuesto de personas trabajadoras por cuenta propia, los periodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena.

En cuanto al personal funcionario, el permiso por maternidad venía contemplado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, anterior EBEP), concretamente en su artículo 49, que regula los permisos por

⁷¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. (BOE, núm. 69, 21 de marzo de 2009).

motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y, en la actualidad, por el 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 (en adelante, EBEP).

1. La suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo

El anterior ET regulaba las causas y efectos de la suspensión contractual en su artículo 45.1.d) donde disponía que el contrato de trabajo se podía suspender por “*maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple*”. El nuevo ET mantiene la regulación de la maternidad y la paternidad como causa de suspensión contractual en el artículo 45.1 letra d)⁷², pero suprime de este apartado como causas de suspensión el riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses para incluir estas causas de forma independiente en un nuevo apartado en la nueva letra “e” del artículo 45.1.

La suspensión conlleva una pérdida temporal de empleo y salario, como manifiesta el artículo 45.2 ET: “*La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*”. Pérdida salarial que queda compensada con el cobro de la prestación por maternidad de la Seguridad Social. Otra característica de la suspensión del contrato de trabajo es la reserva del puesto de trabajo; así, al cese de la causa legal de suspensión (en este caso la maternidad, la adopción o el acogimiento), la trabajadora o el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado⁷³. Esto es así para brindar seguridad en el empleo de las mujeres tras la suspensión por maternidad, aunque lógicamente, también es aplicable a los hombres que suspenden su contrato por esta causa.

⁷² Art. 45.1 d) ET queda redactado de la siguiente forma, el contrato se podrá suspender por “*Maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes*”.

⁷³ Art. 48.1 ET.

La norma contempla la posibilidad de disfrute simultáneo de períodos de descanso por ambos progenitores; no obstante, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas, o de las que correspondan en caso de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Estos periodos podrán disfrutarlos en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y las trabajadoras o en su caso, trabajadores afectados⁷⁴.

1.1. La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica

En el supuesto de suspensión por maternidad biológica, la duración de la misma viene determinada por el art. 48.4 ET donde establece: *“En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”*. Este descanso se otorga a la madre trabajadora de una parte, para que pueda recuperarse físicamente del alumbramiento, y de otra parte, para permitirle atender los cuidados y las necesidades básicas de la criatura recién nacida.

En lo referente a la recuperación de la madre tras el parto, el ET obliga a esta a suspender su contrato de trabajo durante seis semanas y que estas sean de disfrute obligado para ella. Esto se debe a que este espacio de tiempo, el que dura el puerperio, que según la definición dada por la Real Academia Española⁷⁵, es el período que transcurre desde el parto hasta que la mujer vuelve al estado ordinario anterior a la gestación y el estado delicado de salud de la mujer en este tiempo. Por tanto, las seis primeras semanas del permiso estarían destinadas por un lado, a la recuperación física de la madre y por el otro, al cuidado del bebé, mientras que las diez semanas restantes serían únicamente para el cuidado de la criatura recién nacida.

En lo que respecta a la duración de la suspensión por maternidad, nuestra legislación está acorde con la normativa europea, concretamente con la Directiva

⁷⁴ Art. 48.6 ET.

⁷⁵ Diccionario de la lengua española. 23ª edición, publicada en octubre de 2014. www.rae.es. Consultado el día 4-3-2016.

2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que establece una duración mínima del permiso parental en cuatro meses. Asimismo, estaría acorde con el Convenio núm. 183 de la OIT, artículo 4, que para la duración de la licencia de maternidad exige un periodo de 14 semanas, como mínimo (por tanto nuestra legislación ofrece una protección más amplia de 16 semanas).

El periodo de suspensión se inicia a opción de la interesada, aunque generalmente coincide con la fecha del parto. No obstante, se fija un periodo de suspensión distinto en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto; en este caso, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, excluyéndose de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre⁷⁶. Por tanto, la suspensión se puede paralizar después de haber disfrutado la madre las seis semanas obligatorias tras el parto, para volver a reanudarla tras el alta hospitalaria del neonato, siendo posible aquí la opción de que puedan disfrutar del resto del permiso cualquiera de los dos progenitores.

La titularidad del derecho, en el supuesto de parto, es exclusivamente femenina; por un lado, está concebida para la recuperación física tras el embarazo, el parto y el puerperio de la mujer trabajadora, y por otro lado, para compensar las dificultades que ésta encuentra en el mantenimiento de su empleo, ante circunstancias como la maternidad o la lactancia natural que, biológicamente, van unidas a ella y no al hombre. Sin embargo, esta licencia -más allá de las seis semanas obligatorias de suspensión tras el parto-, supone el fomento del rol de la mujer como cuidadora de la prole, y del padre como mero colaborador respecto de sus obligaciones parentales. Siguen siendo las madres trabajadoras quienes tienen el derecho y el deber del cuidado de las criaturas recién nacidas, lo que lleva aparejado el mantenimiento de las desigualdades laborales por razón de género. De otra parte, se priva al padre de participar activamente en los cuidados, al menos en la titularidad del permiso materno, ya que podrá optar a ellos a través de la cesión del permiso por parte de la madre o mediante el permiso por paternidad del que sí es titular.

⁷⁶ art. 48.4 E.T.

1.2. La suspensión del contrato de trabajo por adopción o acogimiento

Según el artículo 45.1 d) del nuevo ET (2015), el contrato podrá suspenderse por *“adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de:*

- a) *Menores de seis años*
- b) *Menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”.*

El nuevo ET introduce una modificación con respecto al anterior que establecía la suspensión por *“adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple”*, aunque estos fueran provisionales; con la nueva redacción del texto se cambia esta referencia por *“adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento”*, para dar cumplimiento a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷⁷. Así tras esta modificación, el art. 176 bis del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (en adelante CC)⁷⁸, en su apartado primero establece que la Entidad Pública con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará *“la guarda con fines de adopción”* hasta que se dicte

⁷⁷ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE, núm. 180 de 29 de Julio de 2015). Ley que en su disposición adicional segunda dispone que: *“Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil. Las que se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil”.*

⁷⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Publicado en GACETA de 25 de julio de 1889. Art. 176 bis 1. CC. *“La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares”.*

la resolución judicial de adopción. En cuanto al “acogimiento” viene regulado en el nuevo art. 173 bis CC⁷⁹, que determina que este puede tener lugar en la propia familia extensa de la persona menor o en familia ajena. Asimismo establece tres modalidades: Acogimiento familiar de urgencia, acogimiento familiar temporal y acogimiento familiar permanente; siendo a efectos de la licencia por maternidad únicamente válidos los dos últimos por tener una duración superior a un año.

Por otra parte, la nueva redacción del artículo 45.1 d) cambia la expresión “menores discapacitados” del anterior, por “menores con discapacidad”.

La suspensión en estos supuestos *“tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión”*⁸⁰.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción (art. 48.5 ET). En este supuesto, hay que tener en cuenta

⁷⁹ Artículo 173 bis. CC *“1. El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado.*

2. El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor”.

⁸⁰ Art. 48.5 ET

que la adopción constituida en el extranjero por adoptante español surte efectos cuando es reconocida en España (STS 9 diciembre 2002)⁸¹. En este caso, la norma concede la posibilidad a los progenitores de suspender su contrato hasta cuatro semanas antes, con la finalidad de que puedan desplazarse al país de origen para trámites administrativos y poder conocer a su futuro hijo o hija, y establecer los necesarios vínculos de afectividad.

De otra parte, no se contempla en la actual legislación laboral la suspensión por adopción del hijo o hija biológica del cónyuge, siendo esta inclusión recomendable para dar mayor seguridad jurídica a un asunto que ha sido resuelto por los tribunales, sobre el particular, el TS en sentencia de 15 de septiembre de 2010⁸², falla a favor de

⁸¹ Véase STS 8212/2002, de 9 de diciembre de 2002 (recurso 913/2002). La demandante solicita la prestación por maternidad, modalidad de adopción, ante el INSS siéndole reconocida por este con fecha de iniciación 1-12-1999 y duración de 6 semanas (según regulación del art. 48.4 ET anterior a la entrada en vigor de la Ley de Conciliación). La trabajadora plantea reclamación previa que le fue desestimada porque a juicio del INSS la Ley 39/99 se ha de aplicar desde el hecho causante, es decir, desde la resolución de la justicia hindú acordando la adopción (12-10-1999). Por otra parte, la actora contratada laboral de la Comunidad de Madrid ha disfrutado del permiso por maternidad desde el 1-12-99 al 22-3-00 (16 semanas), sin percepción de haberes. Está plantea demanda en el Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, que estima la demanda frente al INSS y a la TGSS, declarando que tiene derecho a la prestación por maternidad de 16 semanas. Ante ello el INSS interpone recurso de suplicación contra dicha sentencia. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia absolviendo a las Entidades demandadas. Contra dicha sentencia la actora presenta recurso de casación para la unificación de doctrina, donde la cuestión radica en determinar, si para la aplicación del art. 48.4 ET, según redacción dada por el art. 5 de la Ley de Conciliación, se ha de fijar el hecho causante en la fecha en que el Tribunal de Justicia del Estado de la India (país de adopción del menor) resuelve favorablemente la petición de adopción (12 de octubre de 1999), o bien en la fecha en la que el Instituto Madrileño del Menor y la Familia de la Comunidad de Madrid expide el certificado de convivencia (1 de diciembre de 1999). El TS considera que *“la adopción constituida en el extranjero por adoptante español, surte sus efectos cuando es reconocida en España”*, lo que acaece después del 1 de diciembre de 1999 cuando el Instituto Madrileño del Menor y de la Familia expide certificación de convivencia. Y que *“la suspensión de la relación laboral por maternidad tiene como fundamento la necesidad de convivencia y contacto permanente entre madre e hijo. Y esta convivencia y contacto permanente, en el supuesto de autos, sólo se cumple después del día 18 de noviembre de 1999 cuando el matrimonio español llegó a la India, para hacerse cargo del menor, regresando a España, tras cumplir los trámites burocráticos, el 26 de dicho mes y año, lo que acaece bajo la vigencia de la Ley 39/99”*, que entró en vigor el 6 de noviembre de 1999, concediendo a la madre adoptante el permiso por maternidad de 16 semanas.

⁸² Véase STS 5370/2010, de 15 de septiembre de 2010. (Recurso 2289/2009). Consejo General del Poder Judicial. www.poderjudicial.es. Consultado el día 23-11-2012. Una mujer tras adoptar a la hija biológica de su pareja (también mujer), de cinco años de edad, solicita al INSS el pago directo de la prestación de maternidad por adopción, siendo esta denegada por la SS, por estar la menor ya integrada e incorporada a la unidad familiar, no existiendo la necesidad de integración en la que se base el descanso maternal por acogimiento o adopción. Igualmente, se le deniega por haber disfrutado en su momento el permiso por maternidad su pareja (la madre biológica). Planteando demanda judicial, el Juzgado de lo Social nº 8 de Barcelona, dicta sentencia estimando su pretensión y condenando al INSS al pago de la prestación. Contra dicha sentencia, el INSS interpone recurso de suplicación, y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 20 de febrero de 2009 revoca la anterior sentencia. Ante lo que la demandante interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, seleccionando como sentencia contradictoria, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares el 30 de octubre de 2006, en la cual se concede a una mujer la prestación por maternidad por adopción de la hija de su esposo, de 5 años de edad, siendo denegada previamente por el INSS, al entender que, siendo la niña adoptada hija de su esposo no se integra en la unidad familiar en el momento de la adopción. El TS casa la sentencia recurrida al considerar que la

reconocer la prestación por maternidad a una mujer tras adoptar a la hija biológica de su pareja (también mujer), de cinco años de edad. Con esta sentencia el TS crea doctrina unificadora estableciendo que ante el mismo hecho causante, se pueden disfrutar dos suspensiones/prestaciones por maternidad: una por parto y otra por adopción.

En cuanto al disfrute del descanso, se prevé que *“en caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados”*⁸³. Se da a los progenitores adoptantes o acogedores, la posibilidad de disfrutar de esta licencia conforme a sus necesidades laborales y de crianza, pudiendo organizarse de mutuo acuerdo y distribuirse los periodos como mejor les convenga.

1.3. Diferencias de género entre ambas suspensiones

En la suspensión contractual hay que distinguir entre la suspensión por maternidad biológica y por adopción o acogimiento, ya que es aquí donde surgen las diferencias de género. En el supuesto de adopción o de guarda con fines de adopción y de acogimiento, el tratamiento dado por la norma es idéntico para ambos progenitores, ya que *“en caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva”*. La titularidad del derecho, por tanto, es de ambos progenitores; el ET considera que los hombres están capacitados para cuidar de su prole, por ello les considera sujetos de derechos en caso de adopción o acogimiento.

Por el contrario, en el supuesto de nacimiento biológico, en el caso de que ambos progenitores trabajen, y *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, esta al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el otro progenitor disfrute de una parte*

finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción, pues es a partir de la resolución judicial que constituye la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante integrándose en la nueva familia. Respecto del hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado del permiso por maternidad, y que el sujeto causante sea el mismo, el Alto Tribunal considera que se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia, procede reconocer el derecho a la prestación a la adoptante.

⁸³ Art. 48.5 ET.

determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”⁸⁴. Aquí, la madre trabajadora es la beneficiaria directa del derecho, pudiendo serlo el padre o el otro progenitor por derivación de ésta. Mientras que en el supuesto de adopción o acogimiento la titularidad del derecho es compartida por ambos progenitores.

Por tanto, el padre, en el caso de nacimiento biológico, puede disfrutar del permiso por maternidad en los siguientes supuestos:

- a) Que la madre le ceda diez semanas del permiso por maternidad del cual ella es la titular, y para el padre es un derecho cedido.
- b) Que la madre comparta el permiso con el padre, es decir, que se repartan las diez semanas entre ambos progenitores, pudiendo disfrutarlas de forma simultánea o sucesiva. Como en el supuesto anterior la titularidad del derecho es de la madre y para el padre es un derecho compartido.

En ambos supuestos, el padre depende de la decisión de la madre para disfrutar del permiso y de la prestación de la Seguridad Social, quedando dicha decisión condicionada a que ambos trabajen. Esta posibilidad de transferir a otra persona una prestación/permiso de la que se es titular, es una particularidad exclusiva del permiso por maternidad, ya que no existe en otros supuestos.

Por otra parte, esta diferencia en cuanto a la titularidad del derecho implica también una diferencia en cuanto a su duración, ya que mientras que el padre adoptante puede disfrutar de la totalidad del permiso (16 semanas), el padre biológico solo podrá disfrutar como máximo 10 semanas, al ser seis de disfrute obligado para la madre biológica para su recuperación tras el parto.

La explicación a esta desigualdad encuentra su justificación en que en el supuesto de parto, para quienes legislan prevalece la protección de la salud de la madre trabajadora que ha dado a luz, y necesita recuperarse físicamente del alumbramiento,

⁸⁴ Art. 48.4 ET.

mientras que en supuesto de adopción y acogimiento, lo que prima es la inserción familiar y la creación de vínculos de afectividad entre los progenitores adoptantes o acogedores y la persona menor adoptada o acogida, que no siempre será una criatura recién nacida (como sucede en caso de parto), y por tanto su integración en la familia se hace más complicada.

Esta es la argumentación que establece el TSJUE en la sentencia de 19 de septiembre de 2013⁸⁵ en relación con la posible vulneración del derecho a la igualdad por el distinto tratamiento que existe en relación con el permiso de maternidad entre progenitores biológicos y adoptivos. El alto tribunal considera no discriminatoria nuestra legislación que establece la titularidad materna del permiso por maternidad y la diferencia de trato entre maternidad biológica y adoptiva.

La sentencia basa su argumentación en la especial protección que merecen las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia, pues en todos esos casos se hallan en una “situación específica de vulnerabilidad”. A partir de esta premisa, el TSJUE acepta que el derecho al descanso por maternidad se configure como un derecho originario de la madre que no puede verse afectado “contra su voluntad para atribuirse, total o parcialmente, al padre del menor”. La sentencia considera razonable que el derecho al descanso por maternidad se configure como un derecho originario de la madre, por cuanto esa medida está destinada a proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él; mientras que la suspensión del contrato por razón de la adopción o el acogimiento tiene por finalidad facilitar una integración armónica del nuevo hijo o hija en el grupo familiar, lo que puede afectar indistintamente al padre o a la madre⁸⁶. Nuestro ordenamiento jurídico hace una distinción de sexo por razones biológicas.

⁸⁵ Véase Sentencia TJUE de 19 de septiembre de 2013, donde la petición de decisión prejudicial al alto tribunal versa sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; en el marco de un litigio entre un padre español y el INSS, en relación a la negativa a concederle una prestación por maternidad debido a que la madre de su hijo no estaba afiliada al sistema público de Seguridad Social. El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), declara: que dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional que dispone que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de Seguridad Social.

⁸⁶ En este sentido véase PEREZ CAMPOS, A.I.: “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, cit. Págs. 182-183.

Lo que sí tienen en común, tanto el supuesto de nacimiento biológico, como el de adopción o acogimiento, es que si ambos progenitores trabajan, pueden optar por disfrutar de manera simultánea o sucesiva el período de descanso; y en el caso de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples. Estos períodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas.

2. La ampliación del permiso por maternidad

2.1. La ampliación por discapacidad

Hasta la entrada en vigor de la LOI no existía ningún trato diferente en relación con el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo o hija con discapacidad a pesar de las dificultades que plantea esta situación. Así, esta norma incorpora esta ampliación de la suspensión en el art. 48.4 del anterior ET y en el art. 48.6 del nuevo ET que contempla: *“en el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado, en situación de guarda con fines de adopción o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida”*. Asimismo, estos períodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y las personas trabajadoras afectadas. Esta ampliación en dos semanas, es lógica y necesaria ante la necesidad de cuidados mayores y especiales ante el nacimiento, adopción o acogimiento de hijos e hijas con discapacidad.

En lo que se refiere al grado de discapacidad necesario para la ampliación del permiso, ni el ET ni el EBEP lo especifican, siendo esta laguna cubierta en primera instancia por el RD 295/2009, en su artículo 8.7, que dispone que, cuando la discapacidad se valore en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con

el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre⁸⁷, el subsidio tendrá una duración adicional de dos semanas.

Asimismo, quedará acreditada dicha discapacidad, si por la aplicación de la escala de valoración específica para menores de 3 años de los grados y niveles de dependencia, la valoración es, al menos, del grado 1 moderado⁸⁸. Siendo el grado I de dependencia moderada cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal⁸⁹.

En segunda instancia, cuando el grado de discapacidad no haya sido determinado, tratándose de recién nacidos, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia⁹⁰.

2.2. La ampliación por parto, adopción o acogimiento múltiples

En el supuesto de parto múltiple, se amplía el permiso por maternidad, en dos semanas más por cada criatura a partir de la segunda (art. 48.4 ET). Esta mejora de dos semanas adicionales por cada hijo o hija se adapta plenamente a la doctrina del Tribunal

⁸⁷ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE, núm. 22, de 26 de Enero de 2000).

⁸⁸ Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas. (BOE, núm. 237, de 3 de octubre de 2007). Art. único, uno. *“Para la ampliación del período de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo o menor acogido, la acreditación de la misma también podrá realizarse por la aplicación de la escala de valoración específica para menores de 3 años, considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea, al menos, del grado 1 moderado, y ello sin perjuicio de lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”*.

⁸⁹ Según valoración de los grados y niveles de dependencia, Anexo I. Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (BOE, núm. 42 de 18 de Febrero de 2011).

⁹⁰ Art. 8.7 RD 295/2009, de 6 de marzo.

de Justicia de la Unión Europea (STJCE 149/2010, de 16 de septiembre de 2010, asunto Zoi Chatzi)⁹¹.

Igualmente, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, la suspensión es ampliable en dos semanas por cada menor a partir del segundo (art. 48.5 ET). Esta ampliación viene justificada por el hecho de que al realizar un acogimiento o adopción simultánea de dos o más menores, se aumentan considerablemente las tareas de cuidado, y por tanto es razonable que la norma mejore la duración del permiso para que los progenitores puedan asumir el incremento de dichas labores.

2.3. La ampliación por parto prematuro y hospitalización del neonato

La LOI introduce una mejora de gran importancia, a través de su DA décimo primera, en el permiso por maternidad biológica, al añadir un nuevo supuesto de suspensión a través de un quinto párrafo en el antiguo art. 48.4 ET, que sigue manteniendo el nuevo ET con la única diferencia que el anterior nombraba en plural “casos de partos prematuros” y en actual ET utiliza el singular; así *“en los casos de parto prematuro con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle”*⁹².

⁹¹ STJUE 149/210, de 16 de septiembre de 2010. Diario Oficial de la Unión Europea, C 301/3, de 6 de noviembre de 2010. Asunto C-149/10. Petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de la cláusula 2.1 de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, en conexión con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— Permiso parental otorgado en caso de nacimiento de gemelos — ¿Infracción del artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea por discriminación basada en el nacimiento y por una limitación del derecho de los gemelos incompatible con el principio de proporcionalidad?. En sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2010, se falla que el acuerdo marco sobre el permiso parental, de la Directiva 96/34/CE del Consejo, no puede interpretarse en el sentido de que confiere al hijo o hija un derecho individual al permiso parental. Y que la cláusula 2, apartado 1, de dicho Acuerdo marco *“no debe interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido. No obstante, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato, esa cláusula obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que, en función de la situación en el Estado miembro de que se trate, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas”*.

⁹² Art. 48.4 ET.

El ET no precisa si es posible aumentar el permiso en caso de parto múltiple con hospitalización simultánea de todos los neonatos, es decir, si la trabajadora, o en su caso el trabajador, podrá suspender su contrato de trabajo en tantos días como hayan coincidido los periodos de hospitalización por cada uno de los neonatos desde el segundo. No obstante, esta duda la aclara el art. 8.3. RD 295/2009 que dispone que *“en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos”*.

Esta mejora en el permiso por maternidad constituye un aumento de los derechos de los progenitores de neonatos prematuros u hospitalizados tras el parto, ya que con anterioridad a la LOI solo se les reconocía la posibilidad de suspensión de la licencia por maternidad, al poder computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria del neonato, excluyendo del cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre. Sin embargo, con esta regulación se da la posibilidad a los progenitores de organizarse y elegir conforme a sus necesidades entre la suspensión o la ampliación de la licencia por maternidad, aunque probablemente opten por la ampliación y utilicen la suspensión cuando se hayan agotado las trece semanas que como máximo tienen de ampliación.

Este incremento del permiso en tantos días como el neonato permanezca ingresado viene a cubrir la necesidad de los progenitores de una licencia más larga para atender al neonato mientras que dure su hospitalización, para visitarlo y estar con él así como para que la madre pueda darle el pecho o si esto no es posible, que pueda extraer artificialmente la leche para dejarla en el hospital a fin de que sea suministrada al neonato. Además, el permiso sirve de medida de conciliación pues será muy difícil que los progenitores puedan compaginar el horario de trabajo con el horario de visitas marcado por el hospital, más teniendo en cuenta que por lo general el neonato estará en cuidados intensivos donde el horario es más restringido.

Al mismo tiempo constituye un complemento del permiso y la reducción de jornada por esta causa del art. 37.5 ET que dispone que *“la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a*

reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”.

2.4. La maternidad a tiempo parcial

Los períodos de suspensión contractual por maternidad, *“podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados”*⁹³. Esta opción no es en sí una ampliación de la duración del permiso, de lo que se trata en realidad es de un estiramiento. Cuando se opta por esta modalidad se produce un alargamiento en la duración global de la prestación que, de otro lado, se percibe en alternancia simultánea con la prestación del trabajo a tiempo parcial. Al respecto, en la DA primera. 4. a) del RD 295/2009 se establece que *“el periodo durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que realice”*. Para quienes trabajan por cuenta ajena, el disfrute a tiempo parcial se condiciona al acuerdo con la empresa (art. 48.4 ET). En el caso de las funcionarias y funcionarios se condiciona a que lo permitan las necesidades del servicio [art. 49.a EBEP], lo que se asemeja mucho al pacto establecido en el ámbito privado, si bien requiere por parte de la persona responsable del servicio cierta justificación de la eventual denegación sustentada en la necesidad de atender el mismo⁹⁴. El acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada podrá celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo, excepto en caso de parto, que la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio⁹⁵.

El permiso por maternidad a tiempo parcial puede ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores, de forma simultánea o sucesiva. De acuerdo con esta precisión, nos encontramos con que, en el supuesto de parto, los progenitores solo podrán disfrutar del permiso a tiempo parcial durante 10 semanas, pudiendo alargarlo hasta 20 semanas, más las 6 de descanso obligatorio para la madre tras el parto lo que supone una duración total de 26 semanas de licencia. Sin embargo, en el supuesto

⁹³ Art. 48.6 ET.

⁹⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., págs. 39-40.

⁹⁵ DA primera, 3. RD 295/2009, de 6 de marzo.

de progenitores adoptantes o acogedores, el descanso a tiempo parcial se puede disfrutar desde la primera semana, lo que conlleva que se alargue la duración del permiso hasta 32 semanas.

3. El permiso por maternidad en el empleo público

Esta licencia venía establecida por el anterior EBEP, que ha sido derogada por el 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, concretamente en su artículo 49, que regulaba los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En el nuevo texto refundido del EBEP, se continua regulando en el artículo 49 titulado “Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos”⁹⁶.

3.1. El permiso por parto

El art. 49 a) del EBEP dispone que el permiso por parto tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se distribuirán a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En este sentido, se establece una duración de la licencia para las madres funcionarias exactamente igual que para las trabajadoras por cuenta ajena reguladas por el ET.

Igualmente, el art. 49 a) EBEP contempla el supuesto de cesión de una parte del permiso al padre, ofreciendo el mismo tratamiento que se prevé para los progenitores que trabajan por cuenta ajena⁹⁷.

⁹⁶ 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. (BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

⁹⁷ Art. 49 a) EBEP, “*sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal*”.

En lo relativo al acceso del padre al permiso en caso de fallecer la madre, “*el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso*” [art. 49.a) EBEP]. En este supuesto, sí se establecen dos diferencias con respecto al ET; por una parte, el EBEP no concreta si es requisito para el acceso paterno al permiso que la madre trabaje o no; como lo hace el ET que dispone que el otro progenitor podrá hacer uso del permiso con independencia de que la madre realizara o no trabajo alguno. Y de otra parte, el EBEP no contempla que el disfrute se compute desde la fecha del parto.

3.2. El permiso por adopción o acogimiento

El permiso incluye los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, que así se establezcan en el Código Civil o en las leyes civiles de las comunidades autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento temporal una duración no inferior a un año. El EBEP no establece la edad de los menores como requisito para acceder al permiso, a diferencia del ET, que si determina que serán “*menores de seis años o menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes*” [artículo 45.1.d) ET].

El artículo 49 b) EBEP⁹⁸ establece que el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, y tanto la duración como el inicio del cómputo del permiso es exactamente igual que el establecido por el ET, aunque el EBEP hace una precisión que un mismo menor no podrá dar derecho a varios permisos.

En destacable el tratamiento dado para los progenitores de la Administración Pública en caso de adopción o acogimiento internacional, ya que, en este caso, si fuera

⁹⁸ Art. 49 b) EBEP “*Permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple. El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso*”.

necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado o adoptada, tendrán derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas. En este supuesto estaríamos ante una licencia retribuida (independiente de las 16 semanas de permiso), aunque sea con las retribuciones básicas, mientras que para los progenitores por cuenta ajena, la opción, en este caso, es que pueden iniciar el período de suspensión hasta cuatro semanas antes de la resolución de la adopción (opción que, por otra parte, también puede disfrutar el personal de la empresa pública) pero que en el cómputo total siguen siendo 16 semanas, mientras que para el personal de la Administración Pública el permiso puede durar hasta 6 meses.

3.3. Ampliación, modalidad del disfrute y derechos laborales

En lo relativo a la ampliación del permiso, tanto en el permiso por parto como por adopción o acogimiento, se da el mismo tratamiento que para las personas trabajadoras por cuenta ajena, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, o de la persona menor adoptada o acogida, se amplía el permiso en dos semanas. En caso de parto múltiple o adopción múltiple, se amplía en dos semanas por cada criatura a partir de la segunda. Y en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En cuanto a la modalidad del disfrute, en ambos permisos (por parto y por adopción o acogimiento) se podrá hacer a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan [art. 49 a) y b) EBEP]. Su regulación viene dada por el Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁹⁹. Con la flexibilización del disfrute del

⁹⁹ Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (BOE núm. 37 de 12 de Febrero de 2004).

permiso, este Real Decreto, pretende potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos e hijas por los progenitores, así como posibilitar que las funcionarias y los funcionarios mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su carrera profesional.

Para disfrutar del permiso a tiempo parcial se deben cumplir unos requisitos (artículo 2. RD 180/2004):

- a) Requerirá de acuerdo entre el funcionariado afectado y el órgano competente para su concesión.
- b) La solicitud que debe presentar la persona interesada deberá de ir acompañada de un informe de la persona responsable de la unidad en que estuviera destinada, en el que se acredite que quedan debidamente cubiertas las necesidades del servicio. El órgano competente dictará resolución en el plazo de tres días por la que quedará formalizado el acuerdo para el disfrute del permiso en la modalidad a tiempo parcial o, en su caso, su denegación.
- c) El acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del permiso correspondiente como en un momento posterior, y podrá extenderse a todo el período de duración del permiso o a parte de aquél.
- d) Cuando lo permita la organización del trabajo, se concederá a la funcionaria o al funcionario la parte de la jornada solicitada para el disfrute del permiso a tiempo parcial que convenga a sus intereses personales.

En definitiva, se requiere de la aprobación de la persona responsable del servicio, lo que se parece bastante al acuerdo establecido entre empresa y personas trabajadoras del sector privado.

Por otra parte, el disfrute a tiempo parcial debe ajustarse a las reglas establecidas en el art. 3 RD 180/2004:

- a) 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 descanso. En el supuesto de

parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad del permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al parto, que serán de descanso obligatorio.

- b) El período de disfrute del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, sin que, en ningún caso, se pueda superar la duración establecida para los citados permisos.
- c) El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el órgano competente para la concesión de permisos y la funcionaria o el funcionario afectado, a iniciativa propia y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.
- d) Durante el período del disfrute del permiso a tiempo parcial, la funcionaria o el funcionario no podrá realizar servicios extraordinarios fuera de la jornada que deba cumplir en esta modalidad.

Además, el disfrute a tiempo parcial será incompatible con el ejercicio simultáneo por la misma funcionaria o funcionario de los derechos en los supuestos de lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses, nacimiento de hijas e hijos prematuros y disminución de jornada por guarda legal. Igualmente, será incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares¹⁰⁰.

Al igual que sucede con el personal laboral, en los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento múltiple, y de discapacidad del hijo o hija, o de la persona menor adoptada o acogida.

Unas de las diferencias notables, respecto de quienes trabajan por cuenta ajena, es que el EBEP dispone que en ambos supuestos (parto y adopción o acogimiento) *“durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración”*, sin embargo esta formación no viene contemplada por el ET mientras dura la suspensión contractual por maternidad.

¹⁰⁰ Art. 4 RD 180/2004, de 30 de enero.

En los casos de parto y de adopción o acogimiento, según el art. 49 c) del EBEP¹⁰¹ el permiso computa a efectos de antigüedad, y se garantiza a los progenitores los mismos derechos económicos que les corresponderían en caso de no estar de permiso por maternidad. Al igual que las personas trabajadoras por cuenta ajena, durante la suspensión del contrato, las funcionarias y los funcionarios se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

Una vez finalizado el periodo de permiso, tendrán derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia [art. 49 c) EBEP]. Sin embargo, para el personal laboral, lo que se produce es una suspensión con reserva del puesto de trabajo, lo que implica que al término de la licencia la trabajadora o trabajador se incorporará al mismo puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del permiso; sin embargo, en el caso de la persona empleada pública el EBEP señala que se reintegrará a su puesto de trabajo en unas condiciones que no le sean menos favorables, no dice que sean las mismas condiciones sino que no sean menos favorables.

La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 en su Disposición final novena, modifica el anterior EBEP, para añadir una nueva DA decimosexta, en la que crea un nuevo permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación; recogida esta licencia en el nuevo EBEP, igualmente, en su DA decimosexta, donde se dispone que: *“Cada Administración Pública, en su ámbito, podrá establecer a las funcionarias en estado de gestación, un permiso retribuido, a partir del día primero de la semana 37 de embarazo, hasta la fecha del parto. En el supuesto de gestación múltiple, este permiso podrá iniciarse el primer día de la semana 35 de embarazo, hasta la fecha de parto”*.

¹⁰¹ Art. 49 c) EBEP. *“el tiempo transcurrido durante el disfrute de estos permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso”*.

La finalidad de este permiso es establecer un período de descanso retribuido (de una semana aproximadamente ya que el embarazo dura unas 38 semanas desde la fecundación) en los días próximos al alumbramiento. Esta es una mejora considerable para las funcionarias, que sin embargo no se contempla para las trabajadoras del sector privado que, aunque pueden disfrutar del permiso con anterioridad al parto, no lo suelen hacer para agotar la duración del permiso tras el nacimiento, con la finalidad de tener más tiempo para conciliar vida laboral y crianza.

4. El permiso en las familias no tradicionales

4.1. La maternidad en solitario

Cuando una mujer decide ser madre en solitario, tanto en el supuesto de maternidad biológica (haya recurrido o no a la fecundación artificial), como en el caso de que adopte o acoja a una persona menor (sin estar casada), no se plantea ninguna duda sobre su derecho a la suspensión y a la prestación por maternidad.

En cambio, es mucho más compleja la determinación de los derechos que corresponden a un hombre que, también en solitario, decide formar una familia. Y es que en estos casos, la legislación laboral contempla únicamente los efectos jurídicos de la adopción por un único sujeto, pero omite cualquier referencia a la paternidad en solitario lograda gracias a los avances de las técnicas de reproducción asistida. Debe advertirse que esta omisión legal no es arbitraria, sino que necesariamente obedece a la prohibición legal establecida en España de realizar el contrato comúnmente conocido como de “vientre de alquiler” o “maternidad por subrogación”, y es que ésta es por el momento la única fórmula posible (salvo hipotéticos supuestos de renuncia de la madre) de que un hombre, por sí sólo, acceda a la paternidad biológica¹⁰².

4.2. El permiso por maternidad en parejas del mismo sexo

España es uno de los países con una legislación más progresista en materia de matrimonios de parejas del mismo sexo (permitido desde la entrada en vigor de la Ley

¹⁰² SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”. *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, EDITUM, Universidad de Murcia, 2014, pág. 3.

13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio). Esta Ley aprueba el matrimonio celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con igualdad de derechos y obligaciones sea cual sea su composición. En consecuencia, los efectos de la institución del matrimonio serán únicos en todos los ámbitos, con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como a la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.

Con la LOI se modifica el artículo 48.4 ET para incluir a los matrimonios formados por personas del mismo sexo (además de utilizar un lenguaje no sexista), y se elimina en la regulación de la licencia por maternidad biológica, todas las referencias al padre sustituyéndolas por "el otro progenitor", y, en la regulación de la licencia por adopción o acogimiento, todas las referencias al padre o a la madre, sustituyéndolas por "ambos progenitores".

4.2.1. El permiso para las parejas formadas por dos hombres

La pareja formada por dos hombres accederá siempre a ambas suspensiones/prestaciones (maternidad y paternidad) a través de la adopción o acogimiento; no sería correcto decir que uno como madre y el otro como padre, sino que uno sería el Progenitor A y el otro el progenitor B y lo harán en idénticos términos a las adopciones en parejas heterosexuales; bien por la adopción conjunta por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad conyugal o bien porque uno de ellos después de contraer matrimonio adopte al hijo o hija de su consorte, posibilidad que viene recogida en el art. 175.4 del CC¹⁰³.

Aunque actualmente existe otra vía por la que ambos padres pueden acceder al permiso por maternidad, y es a través de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, conocida coloquialmente como vientre de alquiler. La gestación por sustitución o maternidad subrogada o de alquiler es un supuesto de reproducción

¹⁰³ Art. 175.4 CC: *“Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad”*.

asistida por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé –concebido artificialmente- para que otra u otras personas puedan ser madres/padres, biológicos o no. Esta situación puede deberse a la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja, o al deseo de paternidad de hombres solos o de parejas de hombres homosexuales¹⁰⁴.

Es frecuente que recurran a esta vía parejas de hombres que no pueden acceder a la paternidad por la vía tradicional, por ello, ya se están dictando las primeras sentencias sobre esta materia que optan por proteger el interés de la familia, y por ese motivo, en atención a las necesidades de cuidados de los hijos y las hijas nacidas por maternidad subrogada, han flexibilizado el acceso al disfrute por parte del padre biológico a la prestación por maternidad, ya que dicha prestación se reconoce en nuestro derecho para los supuestos de nacimiento biológico, adopción o acogimiento, pero no contempla la gestación “por sustitución”.

Al respecto cabe destacar la STSJ de Madrid, núm. 668/2012, de 18 de octubre de 2012¹⁰⁵, en la cual un matrimonio homosexual que tuvo a su hija común a través de un

¹⁰⁴ VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares, Granada, 2012, pág. 1.

¹⁰⁵ Véase sentencia del TSJ de Madrid núm. 668/2012, Sala de lo social, sección 4ª, de 18 de octubre de 2012, Recurso de Suplicación 1875/2012. El demandante solicita en abril del 2010 ante el INSS la prestación de maternidad por el nacimiento de su hija el día 23-02-2010, que tuvo lugar en Estados Unidos mediante maternidad por subrogación, reflejándose tanto en el certificado de nacimiento emitido por el centro médico donde nació la niña, como en el certificado registral de California, como nombre de la madre Juan Francisco, y como nombre del padre Antonio José. El INSS emite resolución denegando la prestación por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas del artículo 133 bis de la anterior LGSS (maternidad, adopción o acogimiento). Frente a esta resolución el actor formula reclamación previa, dictándose resolución en fecha 23-09-2010 confirmando la resolución recurrida, y denegándosele la prestación por maternidad del periodo que permaneció inactivo por cuidado de la niña (112 días), al no haber aportado documento legal como ciudadano español que pruebe su maternidad. En fecha 13 de julio de 2011, en el Registro civil consular de los Ángeles, se procede a la inscripción del nacimiento de la menor, haciendo constar el Cónsul General que donde dice “padre” debe decir “progenitor A” y donde dice “madre” debe decir “progenitor B”. Por otra parte, el INSS, reconoció al marido del actor, la prestación de paternidad con efectos económicos del 12-04-2010. Y la Agencia Tributaria le concede el abono anticipado de la deducción de maternidad del IRPF. El actor recurre en suplicación, y la Administración de la Seguridad Social demandada aduce que el demandante solicita la prestación de maternidad por parto y no por adopción ni acogimiento, fundamentando que el demandante no ha alumbrado a la menor y que no consta que la haya adoptado, habiendo reconocido éste que la madre biológica fue una mujer que la gestó por encargo (vientre de alquiler), siendo el contrato correspondiente nulo conforme al art. 10 de la Ley 14/06, de 26 de mayo, de reproducción asistida, que establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Ante la situación descrita el TSJ, plantea que se está ante una laguna legal, y trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de una menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre la menor y el que reclama la prestación. Es ilógico que se le deniegue la prestación cuando se le reconocería a él y a su pareja si se

vientre de alquiler, le concede la precepción de la prestación por maternidad a uno de los padres como si de una adopción se tratase. Así, la sociedad va por delante del Derecho, dando lugar a situaciones donde resulta necesaria la intervención de los tribunales a fin de aportar una solución a un problema que surge al estar la maternidad por subrogación legalmente reconocida en el país en el que ha tenido lugar, lo que posibilita las inscripciones registrales que acreditan la filiación respecto -no ya de la mujer que da a luz- del sujeto o de los sujetos que han tomado parte en este contrato. Y es precisamente en este punto donde se plantean los problemas en el Derecho español. Puede darse el caso de que dicha certificación de nacimiento expedida en un país extranjero se presente a inscripción en los registros nacionales, logrando así por vía indirecta y gracias al reconocimiento de efectos jurídicos a documentos públicos no nacionales, la convalidación de los efectos jurídicos de este tipo de filiación también en el Ordenamiento español¹⁰⁶.

No obstante, el convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que con el título “gestación por sustitución”, dispone que será *“nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. “Dicho convenio o contrato de gestación por sustitución se puede definir como un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción –mediante técnicas de reproducción asistida- y gestación aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar a la criatura nacida –cuyo origen biológico debe constar claramente- a los otros intervinientes, que pueden ser objetos individuales o una pareja, matrimonial o de

hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor, e iría en contra del espíritu de la LOI, y del resto de la legislación vigente acerca de la familia, y que responden a la voluntad de la sociedad de que existan diversas clases de familias y que todas ellas reciban el mismo trato en orden a derechos y obligaciones. La solución que finalmente impone el TSJ de Madrid, es la de estimar el recurso y concederle al demandante la prestación por maternidad, como si de una adopción se tratase.

¹⁰⁶ En este sentido, SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, cit. pág. 6.

hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente”¹⁰⁷.

En lo que respecta al ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la maternidad por subrogación genera una situación muy especial de filiación que no contempla ni el art. 48 ET, ni el art. 133 bis de la anterior LGSS, ni el art. 177 de la nueva LGSS, ni tampoco el RD 295/2009 por el que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones económicas por maternidad y paternidad.

En la actualidad nos encontramos con modalidades nuevas en el ámbito de la reproducción humana: parejas formadas por mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer; o el hombre y la mujer que lo hacen en solitario; pues la maternidad subrogada no es solo utilizada por parejas formadas por hombres, igualmente la usan mujeres que tienen problemas para quedar embarazadas o para que la gestación llegue a su fin; y el hombre que decide ser padre en solitario y no quiere renunciar a la paternidad biológica. Por tanto, cabe reflexionar sobre la procedencia de regular en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad subrogada; sin embargo también hay que tener en cuenta que lo que se estaría legislando es “la mercantilización de la maternidad”.

La maternidad por subrogación surgió en el marco abierto por las nuevas tecnologías reproductivas. En el caso concreto de mujeres que padecían una patología uterina, se suscitó la posibilidad de poder recurrir al útero de otra mujer. Esta posibilidad contribuyó a divulgar una imagen “solidaria” de la maternidad por subrogación, mediante la cual determinadas mujeres ofrecían sus úteros para permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener descendencia biológica. Sin embargo, esta visión inicial se ha ido difuminando, siendo sustituida por otra perspectiva, en la que concurren otro tipo de finalidades menos altruistas. Progresivamente se pasó a una segunda etapa, en la que se comenzó a admitir, e incluso justificar, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica. De esa forma, y de manera coloquial, se empezó a hacer referencia a los “vientres de alquiler”. Actualmente este tipo de maternidad ha dejado de ser una opción excepcional, a la que recurrían parejas con imposibilidad de llevar a cabo una gestación. Ahora se trata de una posibilidad que

¹⁰⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, cit., pág. 74.

se ofrece a cualquier persona que desee una hija o hijo y no pueda gestarlo, como es el caso, por ejemplo, de los homosexuales. A pesar de tratarse de una técnica sumamente costosa, ha adquirido un especial protagonismo por ser una opción adoptada por numerosos personajes famosos¹⁰⁸.

Desde la perspectiva del Derecho, la gestación por sustitución supone una vulneración de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, tales como el derecho a *la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el derecho a la integridad física y moral* (arts. 10.1 y 15 CE). Asimismo el art. 1271 del CC determina que “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”, mandato que completa con su art. 1275, por el cual “*los contratos con causa ilícita, no producen efecto alguno*”; estos preceptos impiden radicalmente que la vida humana sea objeto de contrato, por tanto no se puede tratar a la mujer gestante y al bebé concebido como una mera mercancía desde el punto de vista legal. Y, desde un punto de vista feminista, regularizar que una mujer pueda alquilar su vientre es considerar el útero femenino como una máquina para hacer criaturas para su posterior venta a terceras personas (clientes) que desean tener descendencia.

En el supuesto de que se considerara que es ético comerciar con el cuerpo de la mujer, y de que nada obstaculizara su regulación, no debe olvidarse que esta se convierte en un objeto, su cuerpo pasaría a desempeñar un papel mercantilista, con un añadido, pues debe evitar formar un vínculo sentimental con el bebé que está engendrando, y concienciarse de que al final de la gestación tendrá que abandonarlo para entregarlo a otras personas.

Por otra parte, la desigualdad económica de las mujeres podría convertir esta práctica en un nicho de negocio para las más desfavorecidas socialmente, exponiéndolas al tráfico reproductivo. “La realidad demuestra que las mujeres más pobres o vulnerables son las que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor

¹⁰⁸ LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 2, 2012, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia, pág. 257.

subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos”¹⁰⁹. Al mismo tiempo conlleva una discriminación entre mujeres ricas y pobres, siendo estas últimas las susceptibles de prestarse para ser las madres gestantes del hijo o la hija biológica de una mujer rica. “A su vez, la subrogación altruista también es criticada, al convertir el papel femenino materno en una trampa compasiva”¹¹⁰.

Sea o no ajustado a Derecho o ético, otros sistemas jurídicos sí legitiman el acceso a la maternidad a través de un vientre de alquiler, siendo legal en algunos Estados de Estados Unidos, Rusia y Ucrania, y, aunque con muchas restricciones, también en el Reino Unido. Otros países como India, Canadá o Israel, exigiendo distintos requisitos, también reconocen efectos a esta figura contractual¹¹¹.

“Desde ciertos sectores se sostiene que, a pesar de los problemas éticos y legales que se suscitan, es preferible regular la maternidad por subrogación que prohibirla, ya que siempre va a haber países que la permitan y, de esta forma, se evitaría la especulación y el turismo procreativo. Tampoco faltan los que consideran que la subrogación no plantea ningún problema ético”¹¹². No obstante, la legalización de la maternidad subrogada no garantiza que se evite el tráfico de mujeres y que se puedan elegir las madres a la carta. Otra cosa es el altruismo entre familiares o entre personas unidas por un vínculo de amistad, como sucede con la donación de órganos, pero ni siquiera en estos casos, aunque se prohibiera la contraprestación económica, se puede garantizar que no habría dinero en el proceso.

4.2.2. El permiso para las parejas formadas por dos mujeres

En los matrimonios de mujeres, el acceso a la maternidad presenta menos obstáculos, además de la posibilidad de adopción o acogimiento por ambas cónyuges, se

¹⁰⁹ LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit. pág. 259.

¹¹⁰ LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit., pág. 259.

¹¹¹ SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, cit., pág. 5.

¹¹² LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, cit., pág. 258.

puede dar el caso de adopción o acogimiento del hijo o hija biológica de la otra cónyuge y la maternidad biológica de una de ellas. Particularmente, en el caso de unidades familiares homosexuales femeninas se puede dar las siguientes suspensiones/prestaciones:

- 1) Por adopción o acogimiento común de ambas cónyuges. Se produciría una suspensión/prestación por maternidad por adopción o acogimiento y otra por paternidad.
- 2) En caso de adopción del hijo o hija biológica de su cónyuge¹¹³, la otra consorte tendrá derecho a la suspensión/prestación por adopción, generando dos suspensiones/prestaciones por maternidad en la misma unidad familiar (una para la madre biológica en el momento del nacimiento y otra posterior para la madre adoptante en el momento de la adopción)¹¹⁴.
- 3) En caso de maternidad biológica, se producirá una suspensión/prestación por maternidad biológica, repartida o no, con su consorte y una suspensión/prestación por paternidad. En este supuesto, cuando una de las cónyuges sea la madre biológica, lo más probable es que la paternidad biológica no esté determinada, por llevarse a cabo la gestación a través de inseminación artificial, lo que no plantea ningún problema al modificar la DF quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil¹¹⁵, el apartado 3 del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida¹¹⁶, quedando redactado en los siguientes términos *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación*

¹¹³ Sobre los beneficios en Seguridad Social en este supuesto puede véase, FERRANDO GARCÍA, F.: “Right to adoption leave and social security benefits in case of adoption by one partner of a same-sex couple of the other’s biological child”, *International Labour Law Reports*, BRILL-Nijhoff, vol. 30, 2010.

¹¹⁴ En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en STS 5370/2010, de 15 de septiembre de 2010, citada anteriormente. Según el TS “aunque el sujeto causante era el mismo se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia procede reconocer el derecho a prestación a la adoptante”.

¹¹⁵ Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. (BOE, núm. 167, de 14 de julio de 2015).

¹¹⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE, núm. 126 de 27 de mayo de 2006).

respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Con su entrada en vigor el 15 de octubre de 2015, la madre biológica tendrá derecho a la suspensión/prestación de maternidad por parto; y la otra progenitora podrá optar a la cesión del permiso maternal con un como máximo diez semanas, y en todo caso, a la prestación por paternidad.

- 4) En caso de maternidad biológica de una de las cónyuges y la paternidad biológica esté reconocida. La madre biológica tendrá derecho al permiso por maternidad por parto y al padre biológico le corresponderá tanto la cesión del permiso por maternidad como el permiso por paternidad aunque no exista un vínculo marital entre ellos ni sean pareja. Cuestión diferente es si el padre no cumple con sus responsabilidades paternas; será, posiblemente, la cónyuge de la madre biológica, o la mujer que sea su pareja estable (sin estar casadas), la que asuma las labores de cuidado, en cuyo caso lo más lógico sería que fuese ésta quien disfrutase del descanso por paternidad y tuviera la opción a la cesión del permiso por maternidad.
- 5) En caso de que la madre biológica con posterioridad al nacimiento entregara al menor en adopción o acogimiento, se generan dos suspensiones/prestaciones por maternidad, una por adopción y otra por parto. Esto sucede cuando la madre biológica disfruta del permiso y posteriormente entrega a su hijo o hija en adopción o acogimiento; si la familia adoptante o acogedora está formada por dos mujeres que están casadas, las dos podrán optar por el permiso por maternidad por adopción o acogimiento, aunque solo una de ellas podrá disfrutarlo, y la otra disfrutará del permiso por paternidad igualmente por adopción.

Por otra parte, la protección por maternidad en el supuesto de nacimiento biológico en el caso de dos progenitoras mujeres, al igual que sucede en el caso de las parejas heterosexuales, la titularidad de la suspensión/prestación por maternidad es para la madre biológica y la otra progenitora no la tendrá por derecho propio; para ella es un derecho cedido por su pareja, así la otra progenitora tendrá como derecho propio la suspensión/prestación por paternidad.

III. EL SUBSIDIO CONTRIBUTIVO POR MATERNIDAD

La suspensión contractual (en el caso de trabajadoras o trabajadores por cuenta ajena) y el permiso (en el caso de funcionarias o funcionarios) se completa con la protección que otorga el sistema de Seguridad Social bien permisos o licencias durante la relación laboral. Durante las suspensiones se produce una interrupción temporal, de empleo y de salario; por tanto, la cobertura se hace necesaria en una doble vertiente, por una parte, para la sustitución de rentas dejadas de percibir, y de otra para el mantenimiento de la cotización. En este sentido, dentro de la acción protectora de la SS, se encuentran las prestaciones económicas, que son un conjunto de medidas que pone en funcionamiento la SS para prevenir, reparar o superar determinadas situaciones de infortunio o estados de necesidad concretos, que suelen originar una pérdida de ingresos o un exceso de gastos en las personas que los sufren.

Estas prestaciones son económicas en su mayoría y dentro de ellas estaría la prestación en situación de maternidad, regulada hasta hace poco tiempo por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 38.1.c)¹¹⁷. Texto que ha sido derogado con la entrada en vigor el 2 de enero de 2016 del nuevo texto refundido de la LGSS¹¹⁸. El nuevo texto refundido contempla la maternidad en su artículo VI, que comprende los artículos 177 a 182.

El desarrollo reglamentario de la prestación por maternidad viene contemplado en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural¹¹⁹. El ámbito de aplicación de este Real Decreto viene establecido en su artículo primero, donde se dispone que será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la SS, y de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, en

¹¹⁷ Su regulación se encontraba en la sección primera del Capítulo IV bis de la LGSS, artículos 133 bis a 133 septies.

¹¹⁸ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

¹¹⁹ BOE, núm. 69, 21 de marzo de 2009.

todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente.

Las prestaciones económicas por maternidad tratan de cubrir la pérdida de rentas del trabajo o de ingresos que sufren las personas trabajadoras, por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando se suspende su contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos.

1. Situaciones protegidas

Las situaciones protegidas vienen recogidas por el art. 2 del Real Decreto 295/2009, en su apartado primero donde establece que: *“A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*¹²⁰.

De acuerdo con esta regulación, a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, durante los períodos de descanso y permisos que se disfruten:

¹²⁰ No obstante, cabe hacer una precisión; en la actualidad, las referencias que aparecen en esta norma (RD 295/2009) al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo deben entenderse realizadas al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Asimismo, las referencias a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, deben entenderse sustituidas por el 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.

a) *La maternidad biológica*, incluidos los alumbramientos que tengan lugar tras más de 180 días de vida fetal, con independencia de que el feto nazca vivo o muerto.

b) *La adopción y el acogimiento familiar*, tanto preadoptivo como permanente o simple, (ahora denominado guarda con fines de adopción o acogimiento conforme al ET 2015 y la LGSS 2015) siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a 1 año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, de:

-Menores de 6 años.

-Mayores de 6 años pero menores de 18 con discapacidad o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. A estos efectos, se entiende que presentan alguna discapacidad, cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33%¹²¹.

-No se tendrá en cuenta la edad de la persona menor, cuando se trate de personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleo Público (pues el art. 49 EBEP no establece ningún límite de edad del menor para su adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento).

c) *Los acogimientos provisionales* formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la S.S. e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2.1 R.D. 295/2009).

d) Se considerarán jurídicamente equiparables aquellas *instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras*, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, (ahora adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento) cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras

¹²¹ Art. 2.3. RD 295/2009, de 6 de marzo.

posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente¹²².

- e) *La constitución de tutela* sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor (art. 2.1. RD 295/2009), siempre que conlleve la convivencia entre el tutor y el tutelado, y en los mismos términos de edad que el adoptado o acogido. Siendo la tutela según definición de la RAE¹²³, la autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. Estando regulado el nombramiento del tutor o tutora en los artículos 234 y 235 del CC¹²⁴ en el siguiente orden: la persona designada por el propio tutelado o tutelada, al cónyuge que conviva con la persona menor tutelada, los progenitores, la persona o personas designadas por los progenitores en sus disposiciones de última voluntad, y el descendiente, ascendiente, hermano o hermana que designe la justicia.

Esta configuración tan amplia de la maternidad, que no se limita a la biológica sino que se extiende a otros supuestos, se justifica porque uno de los bienes jurídicos protegidos consiste en facilitar la creación de vínculos afectivos entre los progenitores y el nuevo miembro de la unidad familiar para facilitar su adaptación¹²⁵.

En el supuesto de personas trabajadoras por cuenta propia incluidas en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social, se consideran situaciones protegidas las expuestas anteriormente, durante los periodos de cese en la

¹²² Art. 2.2. RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹²³ Diccionario de la Lengua Española, 23ª edición, publicada en octubre de 2014. www.dle.rae.es. Consultada el día 11-03-2016.

¹²⁴ Art. 234 CC “*Para el nombramiento de tutor se preferirá:*

1.º *Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.*

2.º *Al cónyuge que conviva con el tutelado.*

3.º *A los padres.*

4.º *A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*

5.º *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”.

Art. 235 CC: “*En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo”.*

¹²⁵ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009, pág. 164.

actividad que coincidan tanto en su duración como en su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para las personas trabajadoras por cuenta ajena. Las autónomas también pueden percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial, ya que podrán disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial (percepción del subsidio y reducción de la actividad) aunque solo en un 50% (art. 2.4. RD 295/2009). Este es el único supuesto de trabajo autónomo a tiempo parcial regulado hasta el momento¹²⁶.

2. Personas beneficiarias

Ni el Real Decreto ni la LGSS configuran prestaciones de maternidad formalmente diferenciadas para hombres y mujeres; así el art. 3.1 del R.D. 295/2009 dispone que *“serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena o propia, cualquiera sea su sexo, que disfruten de los descansos o permisos establecidos por el art. 48.4 del ET y el art. 49 del EBEP, siempre que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso”*.

En consecuencia, podrá beneficiarse de la prestación por maternidad cualquier persona trabajadora, con independencia de su sexo. Esta diferenciación tiene su justificación en la existencia de determinados supuestos en los que el padre puede acceder a la prestación por maternidad, siendo su disfrute compatible con la de paternidad. La LOI reforma la LGSS y su RD, y cambia tanto las situaciones protegidas como el concepto de personas beneficiarias al añadir que serán las personas trabajadoras sin distinción por sexo; así, en la exposición de motivos del Real Decreto, este explica que esta ampliación tiene el objeto de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y también favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

En base a ello, cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores,

¹²⁶ En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.C. y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M.: “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?. *Revista de derecho social*, núm. 70, 2015, pág. 90.

adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos de afiliación y cotización¹²⁷.

En el supuesto de parto la titularidad de la prestación por maternidad es femenina, es decir, la única titular del derecho es la madre, y el padre tiene un derecho derivado de esta. Derecho al que puede acceder en los siguientes supuestos: Que la madre le ceda una parte del disfrute del permiso¹²⁸, en caso de fallecimiento de la madre¹²⁹, cuando la madre trabajadora por cuenta propia no tuviera derecho a prestaciones¹³⁰, y cuando la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización siempre que la madre le ceda el derecho¹³¹. Estos supuestos se analizan ampliamente en el siguiente apartado “El derecho paterno sobre la licencia por maternidad”.

A efectos del reconocimiento del subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples, tendrá la condición de persona beneficiaria quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad, siempre que disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto, adopción o acogimiento múltiples. Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores o acogedores, que, en caso de parto, se determinará por opción de la madre y en caso de adopción o acogimiento por acuerdo de las personas interesadas¹³². Así en caso de parto la decisión de quién se beneficia del subsidio especial la ostenta la madre, mientras que en caso de adopción o acogimiento es por mutuo acuerdo entre los progenitores; esto se debe a que la titularidad de la prestación en caso de parto siempre es materna.

3. Períodos mínimos de cotización

Los períodos mínimos de cotización para acceder a la prestación contributiva por maternidad vienen recogidos en el artículo 5 del Real Decreto 295/2009, y se establecen en función de la edad de la trabajadora o del trabajador:

¹²⁷ Art. 3.2. RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹²⁸ Art. 9 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹²⁹ Art. 3.3. RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹³⁰ Art. 3.4. RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹³¹ Art. 3.5. RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹³² Art. 3.9 RD 295/2009, de 6 de marzo.

-Si tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización¹³³.

-Si tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

- 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente,
- 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

-Si es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, se exigen:

- 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente,
- 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

Se hace esta distinción en función de la edad para paliar la falta de cotización de los progenitores más jóvenes que se incorporan más tarde al mercado laboral y además en condiciones más precarias, porque de lo contrario no podrían acceder a la prestación por maternidad. Esta es la razón de que en el caso de progenitores muy jóvenes (menores de 21 años) no se exige periodo de carencia, y se establece una carencia más reducida para los menores de 26 años; periodo de carencia que aumenta hasta el doble respecto de los menores de 26 años, cuando estos ya superan esta edad.

En el supuesto de parto, la edad para determinar el período de cotización mínimo, será la que tenga cumplida la madre biológica en el momento del inicio del descanso, tomándose como referencia el momento del parto. Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, se le hubiese reconocido el derecho al subsidio tomando como referencia la fecha probable de parto, y una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las

¹³³ Art. 5.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, por el período que corresponda, a contar desde el parto¹³⁴.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen, la edad para determinar el período mínimo de cotización varía en función de si trabajan para la empresa privada o para en el sector público, así:

- a) Cuando los adoptantes se acojan al período de suspensión previsto en el artículo 48.5 ET, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución.
- b) Cuando los adoptantes se acojan al permiso establecido en el artículo 49.b) del EBEP, se extiende a las situaciones de delegación de guarda para la convivencia preadoptiva, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de la delegación de guarda.

“Se favorece así la adopción internacional, adelantándose la fecha de cómputo de la edad al inicio del período de descanso y retrasándose la exigencia del período de carencia a la fecha de la resolución de adopción”¹³⁵.

En estos supuestos de adopción o acogimiento internacional, si se hubiera reconocido el derecho al subsidio al inicio del período de descanso teniendo en cuenta

¹³⁴ Art. 5.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹³⁵ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J: La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, cit., pág. 171.

las cuatro semanas en que puede anticiparse su disfrute, y, una vez dictada la correspondiente resolución judicial o administrativa, no se acreditara el período mínimo de cotización, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas¹³⁶, por tanto no tendrán que devolverlas los progenitores, aunque no tendrán derecho al subsidio de naturaleza no contributiva ya que este solo se contempla en caso de nacimiento biológico.

Cuando hubiera transcurrido el período de cuatro semanas de disfrute anticipado y aún no hubiera recaído la correspondiente resolución judicial o administrativa, la entidad gestora podrá suspender cautelarmente el percibo de la prestación hasta el momento en que aquélla se produzca¹³⁷. Pero si la adopción o el acogimiento internacional al final no llega a culminarse y se le hubiera reconocido el subsidio, las personas interesadas no están obligadas a devolver las prestaciones percibidas hasta el momento de la denegación, o, en su caso, hasta el momento en que se hubiera suspendido su abono, por el transcurso del período de cuatro semanas de disfrute anticipado.

En estos casos de adopción y acogimiento internacional, la Seguridad Social es generosa; por una parte, en el supuesto de que los progenitores no acrediten en el momento de la resolución el período mínimo de cotización, las prestaciones percibidas hasta ese momento no las considera indebidas y, por tanto, no tendrán que devolverlas. De otra parte, si al final no se produce la adopción o acogimiento, no se origina la filiación de la persona menor adoptada o acogida y por tanto no hay maternidad; sin embargo, los progenitores pueden cobrar la prestación por las cuatro semanas de disfrute anticipado. Probablemente con esto la Seguridad Social pretende dar cobertura económica a estos progenitores por el periodo de tiempo que tienen que estar en el país de origen de la persona menor, tanto si se produce la adopción o acogimiento como si no.

¹³⁶ Art. 5.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹³⁷ Art. 5.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

4. Prestación económica por maternidad

La prestación económica por maternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que corresponda a cada progenitor¹³⁸. Es decir, la Seguridad Social toma para el cálculo la base reguladora de la persona beneficiaria de la prestación. Particularmente importante resulta el hecho de que en el ordenamiento español la base reguladora se calcule conforme a la retribución de la persona beneficiaria, sea cual fuere esta (padre o madre), lo cual produce un cambio en la cuantía de la prestación dependiendo de quien se beneficie de ella. Así lo establece expresamente el art. 7.6 RD 295/2009: *Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento familiar sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por ambos progenitores, adoptantes o acogedores, la prestación se determinará para cada uno de ellos en función de su respectiva base reguladora*. Esta individualización de la prestación, desde el punto de vista del Derecho comparado, que no se produce en todos los Ordenamientos Jurídicos, es un dato fundamental para no desincentivar el disfrute por parte del padre, puesto que al ser la renta paterna generalmente mayor que la materna, la determinación de la prestación del padre con relación a la retribución de la madre implicaría una disminución en la renta familiar si es éste el que solicita la prestación por maternidad¹³⁹.

Así para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora es la equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (del progenitor que disfrute el permiso) tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso¹⁴⁰. La norma general para calcular la BR es el resultado de dividir el importe de la base de cotización de la persona trabajadora en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la IT por el número de días a que dicha cotización se refiere (este divisor será concretamente: 30, si tiene salario mensual; 30, 31 ó 28, 29 si tiene salario diario). No obstante, si la persona trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se inicia la IT, se tomará para la BR la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados.

¹³⁸ Art. 6.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹³⁹ En este sentido, BALLESTER PARTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., págs. 71-72.

¹⁴⁰ Art. 7.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior¹⁴¹.

Las bases de cotización a la Seguridad Social tienen unos topes máximos y mínimos, siendo el tope máximo en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social que lo tengan establecido, cualquiera que sea la categoría profesional y grupo de cotización, durante el año 2016, de 3.642,00 euros mensuales o de 121,40 euros diarios en los grupos profesionales que se cotice por días¹⁴². Por tanto, si la prestación por maternidad es un 100% de la base reguladora esta podrá ser como máximo de ese importe.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de una persona menor, realizados de forma simultánea, la Seguridad Social concede “un subsidio especial” por cada hijo o hija o por cada persona menor acogida, a partir de la segunda, igual a la que le corresponde percibir por la primera, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción¹⁴³. Es decir, se duplica, triplica o lo que corresponda en función de la descendencia, la cantidad correspondiente a las seis semanas primeras de subsidio. Este subsidio especial por maternidad es independiente de la ayuda familiar de la Seguridad por el mismo concepto.

Las condiciones para su disfrute vienen recogidas en el art. 3.9. RD 295/2009 que dispone: “*A efectos del reconocimiento del subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples, a que se refiere el artículo 6.2, tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad, siempre que disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto, adopción o acogimiento múltiples. Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores o acogedores, que, en caso de parto, se determinará por opción de la madre y en caso de adopción o acogimiento por acuerdo de los*

¹⁴¹ Art. 13 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 154, de 28 junio de 1972).

¹⁴² Art. 115 Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. (BOE, Núm. 260, de 30 de octubre de 2015).

¹⁴³ Art. 6.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

interesados”. El derecho a este subsidio por filiación múltiple en caso de parto lo tiene la madre puesto que tiene carácter accesorio a la prestación por maternidad y esta es de titularidad materna en el caso de maternidad biológica. Siendo el abono del subsidio especial en un solo pago regulado por el art. 12.3 RD 295/2009¹⁴⁴.

Por último, en los casos de parto prematuro y en aquellos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando ésta se reanude, una vez que la criatura haya sido dada de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción, salvo que sea modificada la base reguladora¹⁴⁵.

5. Nacimiento, duración y extinción del derecho

El subsidio por maternidad nace el mismo día en que da comienzo el descanso correspondiente establecido en los artículos 48.4 y 5 ET y 49 EBEP. Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiaria o beneficiario durante la parte de los periodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor¹⁴⁶.

Igualmente, la duración de la prestación está íntimamente vinculada a la de la suspensión del contrato de trabajo del artículo 48.4 y 5 ET, y del permiso del art. 49 EBEP. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se puede ampliar en los siguientes casos:

- a) En los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hija o hijo a partir del segundo.
- b) En el supuesto de discapacidad de la criatura se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales.

¹⁴⁴ Art. 12.3 RD 295/2009, de 6 de marzo: “*El subsidio especial, en caso de parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del periodo de seis semanas posteriores al parto y, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción*”.

¹⁴⁵ Art. 7.7 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁴⁶ Art. 8.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

- c) En los casos de parto prematuro y de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas.
- d) A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada menor, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos o hijas cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos¹⁴⁷.

El RD 295/2009 contiene el desarrollo reglamentario para el supuesto de parto prematuro y cuando el neonato precise hospitalización a continuación del parto, y dispone: *“podrá interrumpirse el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del progenitor beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto. El permiso se podrá reanudar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el periodo que reste por disfrutar”*¹⁴⁸. Así pues, la madre podrá suspender el permiso tras las seis semanas de descanso obligado, y reincorporarse a su trabajo hasta el día del alta hospitalaria del menor o la menor, momento en que volverá a suspender su contrato y reanudar la prestación por maternidad por los días que tenga pendientes de disfrutar.

Por otra parte, si durante el periodo de percepción del subsidio por maternidad, se extingue el contrato de trabajo de la madre o el padre o se produce el cese en la actividad en el caso de personas autónomas, no se interrumpirá la percepción del subsidio. Y en el caso de fallecer la madre, *“el otro progenitor podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto”* (art. 8.9 RD 295/2009), para reanudarlo tras el alta hospitalaria del neonato, y le corresponderá a él su disfrute.

Si, en los supuestos antes indicados, la hospitalización tiene una duración superior a siete días, se ampliará la duración del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de

¹⁴⁷ Art. 8.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁴⁸ Art. 8.9 RD 295/2009, de 6 de marzo.

trece semanas adicionales. Esta ampliación tendrá lugar aun cuando la persona beneficiaria haya decidido interrumpir el disfrute del permiso. Así la duración de la prestación podría alcanzar hasta un total de 29 semanas. Este periodo adicional de disfrute del subsidio corresponderá a la madre o a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne los requisitos necesarios y disfruta del descanso. De nuevo la titularidad del aumento de la prestación es materna, y para el padre vuelve a ser un derecho cedido.

Para las personas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto se ampliará la duración del permiso de maternidad en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, con independencia de la duración mínima del periodo de hospitalización y de su causa¹⁴⁹. Para las personas funcionarias, a diferencia del personal laboral, o de las personas que trabajan por cuenta propia, no se aplica el requisito de más de 7 días de hospitalización del neonato para causar derecho a la ampliación de la prestación.

A efectos de la ampliación del periodo de descanso por maternidad que corresponda en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto¹⁵⁰. Es decir, que estarían incluidos los internamientos hospitalarios del neonato durante sus treinta primeros días de vida; así en el caso de que tras el parto este sea dado de alta, y con posterioridad necesite ser ingresado, los días que permanezca ingresado computarán a efectos de la ampliación del permiso.

El derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por alguna de las siguientes causas¹⁵¹:

- a) Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso.
- b) Cuando el periodo de descanso sea disfrutado exclusivamente por uno de los progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de la persona beneficiaria

¹⁴⁹ Art. 8.10 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁵⁰ Art. 8.11 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁵¹ Art. 8.12 RD 295/2009, de 6 de marzo.

del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del descanso.

- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los descanso. En este caso, la parte que restase para completarlos incrementará la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de lo establecido en caso de fallecimiento de la criatura donde la duración de la prestación no se verá reducida; y respecto de la necesidad de que la madre, en caso de parto, ejercite la opción a favor del otro progenitor al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, en este caso el otro progenitor disfrutara el incremento de la duración del subsidio.
- d) Por el fallecimiento de la persona beneficiaria, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente.
- e) Por adquirir la persona beneficiaria la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.

En los supuestos previstos en párrafos b) y c), no cabrá la reincorporación de la madre al trabajo, en caso de parto, hasta que hayan transcurrido las seis semanas posteriores a aquél, establecidas como de descanso obligatorio.

IV. EL SUBSIDIO DE NATURALEZA NO CONTRIBUTIVA

Aunque la regla general para cualquier prestación de la Seguridad Social es la exigencia de un periodo mínimo de cotización, la LOI introduce un supuesto especial creando un subsidio no contributivo¹⁵² para dar protección por maternidad a las trabajadoras más jóvenes, que por razón de su edad tienen una corta vida laboral y por ello tienen menor cotización, o incluso ninguna y que anteriormente quedaban desprotegidas. Con anterioridad a la LOI, se preveía para los supuestos de parto que sí la madre trabajadora no reunía el período mínimo de cotización, el padre en quien concurrieran las condiciones de acceso a la prestación de maternidad, a opción de la madre, podría percibir el subsidio en su totalidad descontando un período de seis

¹⁵² Sobre esta materia, puede verse, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Sobre la no contributividad del nuevo supuesto de maternidad y de la reformada renta activa de inserción”. *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 18, septiembre 2007, págs. 97-106.

semanas (corrección incorporada por medio del RD 1251/2001). Esta corrección, normativa, sin embargo, no solucionaba la falta de cobertura que se producía con relación a las seis semanas obligatorias post parto¹⁵³. En el ordenamiento español la prestación por maternidad está desvinculada de la suspensión contractual por la misma causa. Por lo que era posible que una trabajadora suspendiera su contrato de trabajo durante seis semanas (obligatorias tras el parto), pero sin tener ninguna prestación de Seguridad social por falta de cotización; como solución a este problema, la LOI crea esta nueva prestación por maternidad.

1. Beneficiarias

Serán beneficiarias del subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva las trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder al subsidio por maternidad, salvo el periodo mínimo de cotización¹⁵⁴.

Se exige como requisito que la trabajadora esté en alta, siendo la prestación aplicable a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social. En este subsidio se incluye solamente la maternidad biológica y la titularidad es exclusivamente materna, sin que exista la cesión al otro progenitor, ya que se pretende dar protección a la madre que acaba de dar a luz para que se recupere físicamente del puerperio, por ello la duración de esta prestación son 42 días (6 semanas), el tiempo de duración de éste.

2. Prestación económica

En esta prestación la cuantía no se calcula en función de la base reguladora de la trabajadora como es habitual en las prestaciones de la Seguridad Social, en esta la cuantía diaria es igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento. Siendo el IPREM diario establecido para el año 2015, de 17,75 euros/día, y el mensual de 532,51 euros/mes¹⁵⁵. Cuantía que se mantiene inalterable para el año 2016 en los Presupuestos Generales del Estado para el

¹⁵³ BALLESTER PASTOR, M.P.: *La prestación de maternidad*, cit., pág. 186.

¹⁵⁴ Art. 15.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁵⁵ Disposición Adicional octogésima cuarta. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. (BOE núm. 315, 30 de diciembre de 2014).

año 2016. No obstante hay algunas excepciones, en las que se toma para el cálculo de la prestación la base reguladora de la trabajadora¹⁵⁶:

- a) Si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.
- b) Cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta. En este caso puede que la madre lleve trabajando menos de un año, período que se toma como referencia, por lo que el Reglamento debería establecer como denominador el número de días de contratación efectiva y no 365 días que tiene el año, ya que al realizarlo así se produce una disminución en la base de cotización de estas madres que trabajan a tiempo parcial, sin una razón lógica, más teniendo en cuenta que esta prestación se establece precisamente para los casos de falta de cotización.

La finalidad de esta última regla es evitar que en este supuesto especial se devengue un subsidio por maternidad con una cuantía mayor que la que hubiera percibido la trabajadora si hubiera reunido el periodo de carencia y hubiese accedido a la prestación contributiva, por tratarse de una trabajadora a tiempo parcial¹⁵⁷.

3. Nacimiento, duración y extinción

El derecho al subsidio por maternidad no contributiva nace a partir del día del parto y su duración es de 42 días naturales a contar desde el alumbramiento. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los siguientes supuestos:

- a) En los casos de nacimiento de hijo o hija en una familia numerosa, o que por tal motivo adquiera dicha condición¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Art. 16.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁵⁷ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J: La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, cit., pág. 176.

¹⁵⁸ Art. 17.2 RD 295/2009, de 6 de marzo: “A efectos de la consideración de familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas”.

- b) En los casos de nacimiento de hijo o hija en una familia monoparental, (se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo o hija nacida y que constituye el sustentador único de la familia).
- c) En los supuestos de parto múltiple (entendiéndose por parto múltiple cuando el número de personas nacidas sea igual o superior a dos).
- d) Cuando la madre o el hijo o hija estén afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%.

*“El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas”*¹⁵⁹. El Real Decreto ha previsto una ampliación de esta prestación en algunas situaciones que sin embargo, no contempla para la prestación de naturaleza contributiva, como son, por una parte, que la criatura haya nacido en el seno de una familia numerosa o en una familia monoparental; puede que en estos casos al ser esta una prestación de duración tan corta (42 días), y atendiendo a las circunstancias especiales de este tipo de familias haya querido ser más generoso. Por otra parte, se amplía en caso de discapacidad de la madre, que en el supuesto de la contributiva tampoco se contempla, y por el contrario aumenta el grado de discapacidad del hijo o hija hasta un 65% para poder acceder a la ampliación mientras que en la prestación contributiva es un 33%.

En cambio, en los casos de partos prematuros y de hospitalización de los neonatos, la duración del subsidio no se amplía, ni tampoco procede la interrupción del abono del subsidio. No se contempla la interrupción del subsidio pues la finalidad de este es la recuperación de la madre tras el parto, por ello, no se le da el tratamiento de una medida para que la madre pueda conciliar trabajo y cuidados al neonato.

Por otra parte, al igual que se establece en la maternidad contributiva, en el subsidio no contributivo, en el supuesto de fallecimiento del hijo o la hija, la duración de la prestación económica no se verá reducida, ni tampoco cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil¹⁶⁰ para adquirir la

¹⁵⁹ Art. 17.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁶⁰ Artículo 30 CC: *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*.

personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días.

El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo de duración establecido, por el fallecimiento de la beneficiaria y por reconocerse a la beneficiaria una pensión por incapacidad permanente.

V. DIFERENCIAS POR GÉNERO EN LA LICENCIA POR MATERNIDAD

1. El derecho paterno sobre la licencia por maternidad

1.1. La cesión del derecho al padre

En el supuesto de maternidad biológica, la titular del derecho de suspensión del contrato por maternidad es la madre, aunque hay algunas excepciones por las que el padre puede suspender su contrato por maternidad, y ser beneficiario de la correspondiente prestación de la Seguridad Social por maternidad contributiva.

La cesión al padre de una parte del permiso por maternidad es una medida de conciliación que intenta corresponsabilizar al padre en la crianza, y que en cierta medida vendría a paliar que cuando se creó no existiera un permiso de paternidad diferente del de maternidad y de disfrute exclusivo para el padre en el caso de nacimiento de un hijo o una hija.

El antecedente en nuestra legislación de cesión del descanso por maternidad al padre lo encontramos en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Para conseguir este propósito de igualdad laboral de la mujer, se introdujo una medida novedosa que no existía en nuestro ordenamiento jurídico: *“En el supuesto de parto y en el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión”*, siempre que estas semanas sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para

su salud. Este intento de implicar al padre en las labores de cuidado, a través de un derecho cedido o derivado del de la madre, transmite la sensación de que son las madres las responsables de la crianza, y el padre puede hacerlo de forma voluntaria y opcional, por lo que probablemente en la década de los noventa pocos padres optaría por el disfrute del permiso por maternidad.

Diez años más tarde se amplía la duración de la transferencia al padre del permiso materno, mediante la Ley de Conciliación, como resultado de la trasposición de la directiva comunitaria 96/34/CE, que convierte en obligatorio el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado entre las organizaciones interprofesionales UNICE, el CEEP y la CES. En este Acuerdo marco *“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 y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales”*¹⁶¹.

Establece la directiva que las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación del permiso parental se definan en la legislación y/o los convenios colectivos en los Estados miembros. Por tanto obliga al Estado español a incluir al padre en el derecho al permiso por nacimiento o adopción. Con ello, se presentaba una gran oportunidad para incrementar la duración del permiso por nacimiento de hijo o hija, o mejor aún, regular un permiso por paternidad propiamente dicho que hiciera posible la corresponsabilidad, sin embargo, el ejecutivo no aprovecha esta oportunidad, y para facilitar a los hombres el acceso al cuidado de la criatura desde el momento de su nacimiento, mantiene y aumenta hasta diez semanas la duración de la ya existente cesión por parte de la madre de una parte de su permiso por maternidad.

Como justificación de esta medida la Ley de Conciliación en su exposición de motivos la destaca como una novedad importante de la norma, que *“facilita 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*

¹⁶¹ 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. (Diario Oficial n° L 145 de 19/06/1996).

disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre”.

Sin embargo, con esta medida se incumplía la sugerencia de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, que en su cláusula segunda, disponía que para promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, consideran que el derecho de permiso parental debe concederse, en principio, *de manera no transferible*. Esta propuesta de creación de un permiso de paternidad separado e individualizado del permiso de maternidad, no estaba recogida como tal en la Directiva, aunque el Consejo de la Unión Europea consideraba una buena práctica a seguir por los Estados para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, la creación de un permiso por paternidad¹⁶².

Mediante el artículo 5 de la Ley de Conciliación que regula la suspensión con reserva de puesto de trabajo, se modificaba el apartado 4 del artículo 48 del ET¹⁶³, y se establecía que el padre podía disfrutar hasta un máximo de diez semanas de suspensión, excepto, si en el momento de hacerse efectiva esta opción la incorporación al trabajo de la madre suponía un riesgo para la salud, entonces la opción se rescindía y la madre continuaba disfrutando del período de suspensión que restaba.

Con buen criterio, y en la búsqueda de una mayor corresponsabilidad del padre en la crianza esta circunstancia fue modificada por la LOI, de manera que el padre o el otro progenitor podrán seguir haciendo uso del período de suspensión inicialmente cedido¹⁶⁴. La LOI en su apartado diez de la DA décimo primera, modifica de nuevo el art. 48.4 del ET¹⁶⁵, y suprime que el padre no pueda disfrutar del permiso por maternidad, cuando la

¹⁶² AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*. Editorial Aranzadi SA. 2010, pág. 106.

¹⁶³ Art. 5 Ley 39/1999, de 5 de noviembre. “*De las 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*”.

¹⁶⁴ AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, cit., pág. 75.

¹⁶⁵ Tras la LOI queda redactada la cesión al padre en el art. 48.4 ET en los siguientes términos: “*Sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la*

incorporación al trabajo suponga un riesgo para la salud de la madre, y contempla que incluso encontrándose la madre incapacitada para trabajar, esta pueda cederle al otro progenitor el uso del permiso. Así además de cumplir con la finalidad de que el padre pueda acceder al permiso para la crianza de la criatura recién nacida, también puede ocuparse del cuidado de la madre justo en un momento cuando más necesaria es la ayuda del padre en la familia, al haber dos miembros de esta con necesidad de cuidados, la madre y el bebé.

Por otra parte, el periodo de suspensión es ininterrumpido, y se puede dar de modo simultáneo o sucesivo a la suspensión por maternidad de la madre. De esta manera ambos progenitores pueden compartir el permiso si así lo desean.

En cuanto a la opción a favor del padre de la prestación económica por maternidad biológica viene regulada en el art. 9.1 RD 295/2009¹⁶⁶ y presenta ciertas limitaciones aunque formalmente su regulación sea neutral:

a) *Está condicionada a que ambos trabajen*

Se establece como requisito que ambos progenitores trabajen, lo que implica que el padre solo puede acceder al derecho si antes accede la madre, que deberá ser trabajadora por cuenta ajena, por cuenta propia o funcionaria, y siempre que él reúna los requisitos exigidos de afiliación y cotización con independencia de la madre, pues la madre no cede su subsidio al padre, sino su derecho al descanso, dando al padre la oportunidad de acceder a su propio subsidio.

madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor 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. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal”.

¹⁶⁶ Art. 9.1 RD 295/2009, de 6 de marzo: *“En virtud de lo establecido en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, en el caso de que ambos progenitores trabajen, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y cuando la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”.*

“Este es un elemento distorsionante, en cuanto tiende a perpetuar modelos familiares tradicionales en el requisito de que, para que pueda operar la transferencia al otro progenitor resulte imprescindible que ambos trabajen. El requisito no se solicita cuando es la madre la que accede al mismo y tampoco cuando la suspensión/maternidad se produce por adopción y acogimiento. Da cuenta del mantenimiento de prejuicios acerca de la estructura de la unidad familiar y acerca de la asunción por género de las responsabilidades domésticas y familiares. Sin duda una eliminación de este requisito hubiera corregido la atípica situación que se produce cuando, pese a cumplir los requisitos para el acceso a la prestación de seguridad social por maternidad, el padre no puede hacerlo por carecer la madre de la condición de trabajadora. La restricción del acceso paterno cuando la madre no trabaja podría constituir, no solo un atentado al principio de igualdad ante la ley (puesto que para que acceda el padre se requiere una doble cotización –la de la madre y la de él mismo-) sino también un atentado al principio de no discriminación (puesto que la prestación por maternidad mantiene una incomprensible diferencia por género)”¹⁶⁷.

A su vez, este requisito de que ambos progenitores trabajen, no encaja con el reparto de responsabilidades que quiere constituir la LOI, al introducir por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el permiso por paternidad de disfrute exclusivo paterno, y que no está condicionado a que la madre trabaje. Tampoco es entendible que este requisito no se dé en el caso de adopción y acogimiento, donde el disfrute no está condicionado al desarrollo por parte del otro progenitor de actividad laboral o profesional y que solo se haga esta restricción al disfrute paterno de la suspensión/prestación en caso de maternidad biológica.

Así en el supuesto de que solo uno de los progenitores trabaje se dan tres circunstancias en función de que progenitor sea el que no trabaja:

1ª) En el supuesto de parto, “si es la madre la que no trabaja”, esta carece del derecho, y por tanto, no puede acceder a la prestación, ni tampoco puede ejercer la opción a favor del padre, aunque este trabaje y cumpla con los requisitos exigidos de

¹⁶⁷ PASTOR BALLESTER, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., págs. 122-123.

cotización, pues la madre “no puede ceder un derecho que no tiene”. Quedarían así ambos progenitores excluidos del permiso por maternidad.

Esta cuestión se ajusta a derecho según la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2011, cuestión de inconstitucionalidad 3515-2005¹⁶⁸; que concluye que la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto en el supuesto de parto, en la redacción del artículo 48.4 ET, que se encontraba vigente en el momento de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, -concretamente la regla de dicho precepto que permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso voluntario “solo en el caso de que ambos trabajen”, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre trabajador del disfrute de ese período cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena-, no vulnera el artículo 14 CE, ni tampoco los artículos 39 (Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia) y 41 CE (Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad).

En similares circunstancias falló el Tribunal Constitucional en Sentencia 78/2011, de 6 de junio de 2011¹⁶⁹, donde el objetivo de amparo era determinar si la denegación

¹⁶⁸ Véase STC 75/2011, de 19 de mayo de 2011. (BOE, núm. 139, de 11 de junio de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad 3515-2005, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida en relación al artículo 48.4 ET, en la redacción dada por el artículo 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Derecho a la igualdad y principios de protección social de la familia y de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad: validez del precepto legal que impide la cesión al padre del disfrute del permiso por maternidad cuando la madre no sea trabajadora por cuenta ajena. El Juzgado promotor de la cuestión considera que no existe justificación para que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo pueda disfrutar del período de descanso “voluntario”, y percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese periodo, si la madre le cede el derecho a disfrutar ese período, “lo que solo es posible si se trata de trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social”. La sentencia destaca que la jurisprudencia del TJUE tiene señalado que el derecho al permiso por maternidad 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 su hijo-a durante el período que siguen al embarazo y al parto. De ahí, según el TC, que en el supuesto de parto pueda hablarse con propiedad de “periodo de descanso por maternidad”, (y más aún en el caso de las trabajadoras autónomas, donde no existe suspensión de contrato de trabajo), distinguiéndose entre un período de descanso obligatorio y otro voluntario que la madre puede ceder al padre si lo estima oportuno y siempre que el padre también sea trabajador (pues de no ser así no cabe suspender el contrato laboral). De suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese período de descanso por maternidad. Y añade que cosa distinta es que el legislador pueda atribuir este supuesto al padre trabajador con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

¹⁶⁹ Véase Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional núm. 78/2011, de 6 de junio de 2011. Recurso de Amparo 3141-2003. (BOE, núm. 158, de 4 de julio de 2011). Un padre en su condición de

del permiso de maternidad solicitado por un padre tras el nacimiento de su hija, por no ser la madre la titular del derecho a dicho permiso, vulneraba su derecho a la igualdad ante la ley del art. 14 CE.

No obstante, aunque la titularidad del permiso por maternidad sea femenina, pues el derecho a esta licencia tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y el puerperio, y, por otra parte, establecer un permiso para que la madre atienda a la criatura recién nacida. En los supuestos donde la madre no realiza ninguna actividad laboral no hay bien jurídico que proteger (al menos no una protección laboral, únicamente una protección sanitaria), y tampoco cabe disfrutar de ningún permiso. Por tanto, siendo la prestación por maternidad una prestación contributiva, y estando el padre dado de alta y cumpliendo con el requisito de cotización mínima exigida, se podría haber contemplado que en este supuesto el padre trabajador pueda acceder a la licencia en los mismos términos que cuando la mujer si realiza actividad laboral pero no tiene derecho por no tener cotización suficiente o por estar afiliada a una mutua que no le brinda protección por maternidad. En esta circunstancia, la única opción que tiene el padre es la prestación por paternidad de la que es titular, eso sí de duración muy inferior, y esto sí que entraña discriminación hacia él.

funcionario docente solicitó a la Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la concesión de un permiso de maternidad con motivo del nacimiento de su hija, adjuntando certificación de que su esposa estaba incorporada al Colegio de Abogados de Murcia (aunque no se especifica en la sentencia si estaba ejerciendo o no actividad profesional como abogada). La solicitud le fue denegada argumentando que la esposa no era titular del derecho al permiso de maternidad contemplado en el art. 75.2 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia, al no estar incluida dentro del régimen de Seguridad Social. El demandante interpuso recurso contencioso-administrativo argumentando que se ha vulnerado el art. 14 CE ya que no hay una situación de igualdad entre el tratamiento dispensado al padre trabajador y a la madre trabajadora, toda vez que el reconocimiento del derecho paterno se hace depender del derecho de la madre. Igualmente señala que existe una diferenciación de trato normativo con los supuestos de adopción y acogimiento que se concede el derecho a ambos progenitores por igual. El recurso fue desestimado argumentando que la esposa del solicitante no es titular del derecho al período de descanso por maternidad. Igualmente se argumenta que no existe vulneración del derecho a la igualdad, ya que no se establece una distinción por razón de sexo y no cabe considerar un término de comparación válido la regulación entre los supuestos de maternidad biológica y los de adopción y acogimiento. El recurrente presenta demanda de amparo y la inconstitucionalidad del art. 48.4 ET, que le fue denegada por el Ministerio Fiscal, al considerar que la normativa vigente en el momento no es contraria la art. 14 CE, y que “la no atribución del derecho en el caso de que uno de los cónyuges no trabaje o no esté sometido al sistema de la Seguridad Social, es predicable tanto del hombre como de la mujer que no trabaje por lo que no existe discriminación alguna”. La Sección Segunda del TC falla que tiendo en cuenta, por un lado, la identidad de contenido entre el art. 75.2 del texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia y el art. 48.4 LET y, por otro, que los argumentos sostenidos en este recurso de amparo para fundamentar la vulneración del art. 14 CE son los mismos a las que ya se dio respuesta en la STC 75/2011 de este tribunal, debe denegarse el amparo solicitado.

2ª) También en el supuesto de parto, “si es el padre el que no trabaja”, la madre puede acceder a la suspensión-prestación por maternidad sin ningún problema ya que ella es la titular de la misma. No obstante, no puede ceder este derecho al padre si este no trabaja, ya que no está en alta y cotizando, y por tanto no tendrá ningún contrato que suspender. Padre que por otra parte al estar desempleado podría ocuparse de la crianza, para que la madre (tras las seis semanas de descanso obligatorias), si lo desea, pueda reincorporarse a su trabajo.

3ª) En el supuesto de adopción o acogimiento, “el progenitor que trabaje” será el que tenga derecho a la prestación. En este caso la titularidad del derecho es compartida entre ambos progenitores, y no es necesario que trabajen los dos como sucede en el caso de nacimiento biológico, basta con que uno de los progenitores adoptantes o acogedores cumpla con el requisito exigido de estar trabajando y de cotización. Situación totalmente injusta y discriminatoria para los progenitores biológicos que en esta situación no pueden acceder al permiso en igualdad de condiciones.

b) Que el disfrute paterno sea después de las seis semanas de descanso obligatorio para la madre

Este requisito, exclusivo para el caso de parto, tiene su justificación en el hecho de que la madre se tiene que recuperar tras el alumbramiento, y estas seis semanas es el tiempo que dura el puerperio (período que transcurre desde el parto hasta que la mujer vuelve al estado ordinario anterior a la gestación).

c) Ejercer la opción al inicio del descanso

Otra barrera para la transferencia del descanso de la madre al padre es que la opción por el disfrute del permiso en favor del otro progenitor deberá realizarla al inicio del descanso. Este requisito puede generar duda, ya que si tenemos en cuenta la literalidad de la norma, esta opción solo podría darse en el momento en que la madre inicie el descanso y esta no podría ceder el derecho con posterioridad. En este sentido, tanto la doctrina científica como la doctrina judicial han seguido un entendimiento flexible de la exigencia legal, al extremo de haberse afirmado que “el periodo hábil para efectuar la opción por disfrute compartido (debería) abarcar (las) seis semanas

posteriores al parto (de descanso materno obligatorio) durante las que se pueden valorar por ambos progenitores con mayor conocimiento de causa las diversas circunstancias que pueden llevar a la madre a continuar con su disfrute exclusivo o a optar por el disfrute compartido con el padre”¹⁷⁰.

Así en la Sentencia 5215/2009 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social¹⁷¹, expone que no cabe establecer como requisito para que el padre disfrute de una parte del subsidio de maternidad, cedido por la madre, el que ésta, en el momento de solicitar dicho subsidio, opte por que una parte del mismo lo perciba el padre, como pretende el INSS en el recurso de casación para la unificación de doctrina. Y señala el TS, que las normas han de ser interpretadas a la luz de lo establecido en el art. 4 de la LOI, que dispone que “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, norma que, si bien es cierto es posterior a la fecha del hecho causante, se limita a reforzar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 CE.

Por otra parte, hay otras circunstancias en la opción a favor del padre a tener en cuenta como son:

1ª) En el caso de pluriempleo o de pluriactividad de la madre, la opción que realice para el disfrute de parte del descanso en favor del otro progenitor deberá ser coincidente,

¹⁷⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., págs. 61-62.

¹⁷¹ Véase STS 5215/2009, de 20 de mayo de 2009, núm. Recurso 3749/2008, donde se cuestiona la procedencia de un subsidio por maternidad a favor del padre de un recién nacido en razón a haberse solicitado el mismo no en el momento inicial de solicitud por parte de la madre al producirse el parto, sino con posterioridad a dicho momento, en el que, por el contrario no se hizo opción alguna a favor del padre. El INSS denegó la prestación correspondiente al esposo “por haberla solicitado extemporáneamente”. Planteada reclamación judicial, el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, desestimó la demanda y, planteado recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana estimó el recurso, recovo la sentencia de instancia y estimó la demanda. Frente a esta última sentencia se articula recurso de casación para unificación de doctrina, que es desestimado por el TS que dictamina que “la solicitud del subsidio por maternidad a favor del padre, en el supuesto de que la madre decidiese que fuera el padre el que disfrutase de una parte del descanso por maternidad, se regirá, en cuanto a los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por las normas generales de la LGSS, artículos 43 y 44, si bien la trabajadora habrá de tener en cuenta que, como el subsidio por maternidad se le viene abonando a ella por la Entidad Gestora, en el momento en que se reincorpore al trabajo, por iniciar el padre el descanso por maternidad, deberá poner tal hecho en conocimiento de dicha Entidad, a fin de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al padre de dicha prestación.

en cuanto al número de días cedidos, en los dos empleos o actividades¹⁷². Es decir, que si la madre cede el permiso por maternidad en uno de sus empleos o actividades, también tendrá que cederlo en el resto, no sería coherente que ceda al padre el permiso en un trabajo y en el otro lo disfrute ella.

2ª) En los casos de parto, cuando ambos progenitores compartan los periodos de descanso, no procederá el reconocimiento de un subsidio por riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se hayan agotado totalmente dichos periodos, cualquiera que fuere el progenitor que los disfrute. A tal efecto, quedará anulada la opción ejercitada por la madre en favor del otro progenitor y aquélla deberá reanudar el disfrute de la parte que reste del permiso por maternidad cuando, habiéndose reincorporado al trabajo, se aprecie la existencia de riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral¹⁷³. Es decir, “*no procede el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural, en tanto no se haya extinguido el periodo de descanso por maternidad*”¹⁷⁴. La Seguridad Social al anular la opción ejercida por la madre de cesión en favor del padre acaba con la corresponsabilidad paterna en los cuidados con el propósito de proteger la salud del bebé lactante, aunque parece que de fondo está el ahorro del pago de la prestación por riesgo durante la lactancia, ya que si la madre ya cedió el derecho al padre para que este asumiera la crianza no se le debería rescindir, y si al incorporarse la madre al trabajo hay riesgo para la lactancia y a la empresa le es “imposible” cambiarla de puesto, entonces la Seguridad Social debería concederle la prestación por riesgo durante la lactancia. Así con esta medida la SS se evita el pago de dos prestaciones una por maternidad y otra por riesgo durante la lactancia.

3ª) En caso de incapacidad temporal de la madre, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, y percibir el correspondiente subsidio, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de IT¹⁷⁵. Esta circunstancia genera que la madre al término de su licencia, pase a cobrar el

¹⁷² Art. 9.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁷³ Art. 9.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁷⁴ Art. 50.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁷⁵ Art. 8.6 RD 295/2009, de 6 de marzo.

subsidio de incapacidad temporal de menor cuantía 60% o 75% de la BR en función de los días de baja médica, o en el mejor de los casos el 100% de su salario si la empresa está obligada por convenio a pagar un complemento del 40% o 25% sobre la prestación de la Seguridad Social para que la trabajadora cobre el total de su salario, y el padre podrá cobrar la prestación por maternidad correspondiente al 100% de su BR. Con esta medida se generan dos prestaciones una por IT y otra por maternidad, que aunque supongan un mayor coste para la Seguridad Social a cambio se consigue un doble beneficio; en primer lugar, implicar al padre en la crianza, motivo por el cual fue concebida; y en segundo lugar, el padre está disponible para atender y cuidar a la madre que se encuentra enferma y también está necesitada de cuidados.

Por otra parte, la opción en favor del padre o del otro progenitor podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas¹⁷⁶. Si el padre se ausenta o abandona la familia y no asume los cuidados, o maltrata a la madre, difícilmente será un buen padre para atender a la criatura recién nacida, igualmente si le sobreviene una enfermedad que le deja impedido para asumir la crianza. La norma ante estas circunstancias, y con la finalidad de proteger a la persona menor y no dejarla desamparada, concede la facultad a la madre de revocar la opción que ejercitó a favor del padre y que el derecho al permiso vuelva a recaer en ella.

Dentro de otras causas análogas a las que se refiere el art. 9.1 del RD se podría incluir el fallecimiento del padre o del otro progenitor, ya que *“cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad”*¹⁷⁷. En esta situación se trata de proteger a la persona menor, que ante la muerte del padre que

¹⁷⁶ Art. 9.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁷⁷ Art. 8.5 RD 295/2009, de 6 de marzo.

disfrutaba de la licencia para atender sus cuidados, necesita del otro progenitor, en este caso la madre, para que siga con la tarea de los mismos.

1.2. La cesión del derecho al otro progenitor

Cuando en 1989 con la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se estableció en la opción de compartir con el padre hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, y diez años más tarde en 1999 con la Ley de Conciliación hasta diez, quienes legislaban pensaban en una familia tradicional formada por un hombre y una mujer por ello usaron el término “padre”. Pero con la entrada en vigor de la LOI en 2007, se sustituye el término “padre” por la figura del “otro progenitor” mucho más amplia para dar cabida al supuesto de parejas del mismo sexo.

En la cesión del permiso por maternidad al producirse únicamente en caso de parto, la referencia al otro progenitor se referirá siempre al padre biológico en las unidades familiares tradicionales heterosexuales, y a la cónyuge de la madre biológica en el supuesto de matrimonios homosexuales de mujeres.

1.3. El uso en la práctica de la cesión

La opción del disfrute del permiso por maternidad, como medida de conciliación paterna, tiene poca implicación en la práctica siendo su uso escaso. Al tratarse de un derecho cedido o derivado del derecho materno, se transmite la idea de que son las madres las responsables del cuidado y por tanto la titularidad del mismo les corresponde a ellas. Y el padre al tener el derecho cedido se entiende que es un mero colaborador en los cuidados y estos los asume de forma subsidiaria.

Por extensión, la lactancia materna también es una idea que legitima una menor presencia inicial del padre. La necesidad de dar el pecho es también un argumento clave en relación con que sean las madres las que disfruten de los permisos en su totalidad, y

el argumento más citado por los padres para explicar por qué no van a compartir una parte de la baja maternal¹⁷⁸.

Las estadísticas demuestran que la cesión a favor del padre va en ligero pero constante aumento, aunque en el año 2010, solo alcanzan un 1,8 por ciento de media nacional. Este porcentaje varía, de unas Comunidades Autónomas a otras y oscila del 0,7 por ciento de Murcia y Melilla, al 4,5 por ciento de País Vasco y 4,3 por ciento de Navarra. Un abanico muy amplio, se sitúan entre el uno y dos por ciento, Andalucía (1,1 %), Canarias, Castilla la Mancha, Comunidad Valenciana y Extremadura (1,4 %), Baleares y Cataluña (1,7 %), Madrid (1,8%) y La Rioja (2 %). Entre un dos y un tres por ciento, se encuentran Aragón y Galicia (2,1 %), Castilla León (2,3 %), Asturias (2,4 %), Cantabria (2,6 %) y Ceuta con un 3,1 por ciento. Existe un arraigo cultural por ambos sexos, a considerar que el permiso de maternidad es de uso exclusivo para las mujeres, en muy pocas ocasiones se hace utilización del derecho derivado. Por este motivo, más que una ampliación del permiso de maternidad, como se ha estado debatiendo durante los últimos dos años en el seno de la Unión Europea, debería equipararse en duración el permiso de paternidad al de maternidad¹⁷⁹.

En los cuatros últimos años según el seguimiento estadístico de la Seguridad Social de los procesos de maternidad de mujeres que han dado a luz, (no se incluyen los procesos por adopción y acogimiento), según comparten o no la prestación con el otro progenitor, en la modalidad contributiva, la media nacional alcanzó el 1'18% en el año 2012, 1,19% en el año 2013, el 1,29% en el 2014 y en el año 2015 presenta un ligero descenso respecto al año anterior estando en un 1,27%¹⁸⁰. Por otra parte, en esta estadística en la denominación "el otro progenitor", están incluidos el padre biológico y la cónyuge de la madre biológica en parejas formadas por dos mujeres, por ello no se puede determinar con exactitud el porcentaje de padres que han compartido con la madre el permiso. Por otra parte, si a este porcentaje que esta de media en un 1,23%,

¹⁷⁸ JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*". Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. Informe UNED, 30 de Octubre de 2012, pág. 42.

¹⁷⁹ UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT): "El empleo de las mujeres en cifras. Día internacional de la mujer trabajadora". Informe 8 de marzo de 2012, págs. 21-22.

¹⁸⁰ SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Duración media de los procedimientos de Maternidad Biológica. Seguimiento estadístico de los procesos de maternidad. http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Maternidad/index.htm. Consultado el día 02-02-2016.

hay que restarle las mujeres que han optado al permiso por maternidad biológica de su pareja, el porcentaje de hombres que lo han hecho aún sería menor. Aunque probablemente, este sea el supuesto más numeroso, y el número de padres este en torno al 1%, cifra que hace que la presencia en las crianza por parte de los padres sea meramente testimonial.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, las diferencias en los procesos por maternidad biológica, donde las mujeres han compartido la prestación contributiva con el otro progenitor, se aprecian unas desigualdades considerables, como se puede advertir en la siguiente tabla.

Tabla núm. 3. Porcentaje de mujeres que han dado a luz y han compartido la prestación contributiva con el otro progenitor por Comunidades Autónomas.

CCAA	AÑO 2013	AÑO 2014	AÑO 2015
	% COMPARTEN	% COMPARTEN	% COMPARTEN
ANDALUCIA	0,80	0,86	0,79
ARAGON	1,43	1,21	1,19
ASTURIAS	1,80	2,09	1,57
BALEARES	1,18	1,30	1,23
CANARIAS	0,99	1,27	1,19
CANTABRIA	1,72	1,70	1,74
CASTILLA-LEON	1,16	1,43	1,26
CASTILLA-LA MANCHA	0,90	1,00	0,97
CATALUÑA	1,23	1,31	1,31
EXTREMADURA	0,72	0,78	0,10
GALICIA	1,43	1,57	1,72
MADRID	1,09	1,16	1,09
MURCIA	0,53	0,53	0,80
NAVARRA	2,54	2,49	2,37
LA RIOJA	1,48	1,53	1,62
C. VALENCIANA	0,85	0,94	0,81
PAÍS VASCO	3,07	3,50	3,91
CEUTA	1,00	2,13	1,25
MELILLA	1,00	1,88	1,88

Fuente: Elaboración propia según datos de la Seguridad Social. Estadísticas. Seguimiento estadístico de los procesos de maternidad. Procesos de mujeres que han dado a luz, según compartan o no el período de baja con el otro progenitor. www.seg-social.es. Consultada el día 27-03-2013.

En la mitad sur del país (Andalucía, Castilla La Mancha, Extremadura, Comunidad Valenciana, y Murcia), no superan el 1% en ninguno de los tres años analizados. Es destacable el caso de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia donde durante dos años consecutivos, 2013 y 2014 alcanza el porcentaje más bajo del todo el conjunto nacional con un 0,53%, y en el año 2015 remonta a un 0,80% quedando en el penúltimo lugar superada por Extremadura donde los otros y otras progenitoras obtienen el peor resultado a nivel nacional un 0,10%. En sentido contrario, están dos comunidades del norte de España, Navarra con porcentajes superiores al 2%, y el País Vasco con porcentajes siempre superiores al 3%, siendo esta última Comunidad donde mayor cesión del permiso materno se da en todo el país.

Asimismo, si comparamos los datos más actuales -los del año 2015-, la diferencia entre la comunidad donde más comparten los progenitores (País Vasco con un 3,91%) y la que menos (Extremadura 0,10%) es de un 3,80%.

Por otra parte, la duración media nacional del periodo compartido con el otro progenitor, esta entre 68 días (año 2012), 68,55 (año 2013), 69,33 (año 2014) y 70,24 (año 2015); si se tiene en cuenta que como máximo la madre puede ceder diez semanas que hacen un total de 70 días, se puede concluir que el otro progenitor prácticamente hace uso de la totalidad de las semanas que le pueden ser cedidas. En las Comunidades Autónomas sucede lo mismo, tomando como referencia el año 2015, estaban en la franja entre 59,17 días de Baleares y 77,47 de Cantabria (que probablemente supere los 70 días por la ampliación de la prestación por maternidad en caso de múltiple o discapacidad de la criatura recién nacida).

1.4. En caso de fallecimiento de la madre

Desde la entrada en vigor de la Ley de Conciliación se permite en caso de fallecimiento de la madre el disfrute por parte del padre del permiso por maternidad, pudiendo hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

Con posterioridad, la Seguridad Social reconoció en una Resolución de fecha 21 de abril de 2004, el derecho de los padres a acceder al permiso y correspondiente

prestación por maternidad en caso de fallecimiento de la madre, durante las 16 semanas de descanso que contempla la legislación actual, aunque la madre no se encuentre en situación de alta en la Seguridad Social; en el caso que el padre reúna por sí mismo los requisitos para tener derecho a la prestación. “En caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en momento posterior, con independencia de que aquélla se encuentre o no incluida en el ámbito de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad, prevista en los artículos 133 bis y siguientes de la Ley de Seguridad Social, (se refiere a la anterior LGSS), durante la totalidad del periodo reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho periodo computado desde la fecha de parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos conforme a la normativa vigente”¹⁸¹. La Seguridad Social desvincula así a este permiso de la previa condición laboral de la madre en caso de fallecimiento de esta.

Con la LOI se desliga finalmente esta prestación de la condición de trabajadora de la madre, al modificar el art. 48.4 del anterior ET y establecer que el padre podrá suspender su contrato de trabajo por maternidad en caso de fallecimiento de la madre cuestión recogida igualmente en el nuevo ET¹⁸².

Por tanto, en el supuesto de parto, en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedara por disfrutar de dicho periodo, computado desde la fecha del parto, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos y sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto. En estos casos, el disfrute de esta prestación es compatible con el derecho al subsidio por paternidad¹⁸³.

Tanto en la suspensión como en la prestación, se mantiene la titularidad del derecho a la madre, aunque le transfiere la totalidad del mismo al padre, incluso en el

¹⁸¹ SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD SOCIAL. Resolución de 21 de abril de 2004, sobre acceso a la prestación de maternidad por el padre en el supuesto de fallecimiento de la madre. BISS (Boletín Informativo de la Seguridad Social).

¹⁸² Art. 48.4 ET: “En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizar o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto”.

¹⁸³ Art. 3.3. RD 295/2009, de 6 de marzo.

caso de que ésta no trabaje, evitando así la situación de desprotección de la criatura recién nacida.

Por otra parte, hay otros supuestos de ausencia de la madre para impartir los cuidados a la criatura recién nacida, sin embargo la norma no es extensible a estos supuestos merecedores de la posibilidad del disfrute paterno del descanso; como la reclusión de la madre en un centro penitenciario, o su internamiento en un centro hospitalario. Sin embargo, en casos excepcionales –como el estado de coma de la madre-, es necesario “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 fallecimiento de la madre”¹⁸⁴.

Asimismo, en este supuesto de disfrute de la suspensión/prestación paterna en caso de fallecimiento de la madre se pueden dar diferentes situaciones:

-Si la madre trabaja y fallece en el parto, le corresponde al padre la totalidad de la prestación, a computar desde la fecha del parto, incluido el tiempo que la madre pudiera haber disfrutado antes de fallecer.

-Si la madre trabaja y fallece después del parto, le corresponde al padre el tiempo restante, aunque recupere a su favor el tiempo que la madre hubiera disfrutado antes del parto.

-Si la madre trabaja pero no tiene cotización suficiente y accede a la prestación no contributiva y fallece con posterioridad, al padre le corresponde la suspensión/prestación por el tiempo no disfrutado por la madre.

-Si la madre no trabaja y fallece, el disfrute paterno es por la prestación completa de maternidad, independientemente de que el fallecimiento de la madre se haya producido en el momento del parto o con posterioridad.

Tras analizar las posibles circunstancias se observa que la Seguridad Social es más bondadosa en cuanto a la cuantía de la prestación, cuando la madre fallecida no es trabajadora y por tanto no ha cotizado, que cuando es trabajadora pero no ha cotizado lo suficiente.

¹⁸⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., pág. 52.

Por otra parte, si además de la madre, fallece el hijo o hija durante el parto, el otro progenitor no tendría derecho a la prestación, ya que su único fundamento es el cuidado de la criatura recién nacida. Y en el caso de parto múltiple, la duración del derecho del otro progenitor, si hubiere fallecido la madre, dependerá del número de hijas o hijos nacidos vivos.

1.5. Que la madre no tenga derecho a suspensión

El art. 48.4 del ET contempla que cuando la madre es trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con la suspensión por paternidad. Por otra parte, el art. 3.4. RD 295/2009, dispone que en caso de parto, cuando la madre es trabajadora por cuenta propia, el otro progenitor puede ser beneficiario de la prestación por maternidad, en dos supuestos:

- a) *Que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones.*

“En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”.

Se otorga el mismo tratamiento cuando la madre trabajadora, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción.

El RETA es el régimen obligatorio de afiliación y cotización para las personas que trabajan por cuenta propia. No obstante, la disposición adicional quinta de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante LETA)¹⁸⁵, admite la posibilidad de sistemas de protección alternativos a la Seguridad Social, como son las Mutualidades de Previsión Social que tengan constituidas los Colegios Profesionales al que pertenezcan las autónomas, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad a 10 de noviembre de 1995. La DA 15ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, ordenó la inclusión de todas las personas profesionales incorporadas a un colegio profesional, cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el RETA, abriendo la posibilidad de solicitar el alta en tal Régimen o incorporarse a la Mutualidad que tuviera el Colegio Profesional¹⁸⁶.

En este supuesto estarían incluidas las profesionales liberales (notarias, abogadas, registradoras de la propiedad, etc.), que por ejercer una actividad profesional, y como consecuencia de la Ley de Seguros establecía para estas profesionales colegiadas, poder elegir entre el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social o la mutualidad alternativa del Colegio profesional correspondiente; aunque sorprendentemente no regulaba ni el tipo de prestaciones, ni su cuantía, lo que provocaba que muchas mujeres profesionales no tuvieran derecho a descanso/prestación por maternidad.

La LOI establece este supuesto de disfrute paterno del permiso por maternidad en un intento de solucionar esta cuestión, aunque lo hace de forma parcial, en lugar de corregir el problema de fondo, que existan estatutos profesionales donde no este reconocida la prestación por maternidad o esta sea mínima. Quienes legislaron la LOI en lugar de aprovechar la norma, para extender a estas profesionales la protección por maternidad, optaron por la cesión del derecho al padre, que con anterioridad a la LOI, la jurisprudencia había excluido de la posibilidad del disfrute paterno aquellos supuestos en que, por el estatuto profesional de la madre, ésta no ostentaba derecho a descanso de

¹⁸⁵ Disposición adicional quinta. Profesionales incorporados a Mutualidades de Previsión Social alternativas. Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo. (BOE, núm. 166 de 12 de julio de 2007).

¹⁸⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: “La protección social del autónomo”. *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*. VVAA. (Director) José Luján Alcaraz (2007), Ediciones Laborum, pág. 261.

maternidad con derecho a prestaciones, como era el caso de las abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía¹⁸⁷.

Este despropósito se arregla, en parte, con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Que establece en su D.A. 46, sobre Mutualidades de Previsión Social alternativas al régimen de Autónomos, que *“con respecto a profesionales colegiados, deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, las coberturas de jubilación; invalidez permanente; incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo; y fallecimiento que pueda dar lugar a viudedad y orfandad”*¹⁸⁸.

La obligatoriedad para las Mutualidades de ofrecer a sus beneficiarias la cobertura de maternidad, se produce a partir del 1 de enero de 2013, fecha en que entró en vigor la ley¹⁸⁹. Tras la entrada en vigor de esta norma cabe entender que este supuesto de disfrute íntegro por el padre del permiso y de la prestación por maternidad resulta inaplicable, independientemente de la intensidad de la protección por maternidad prevista en la Mutualidad de Protección Social alternativa, la cual podría ser muy reducida. Para evitar esta situación de desprotección, mientras se mantenga el privilegiado régimen de opción entre el RETA y la Mutualidad para determinadas profesiones colegiadas, las mujeres que ejercen estas profesiones y deseen tener descendencia, deberían optar por integrarse, en todo caso, en el RETA.

¹⁸⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., pág. 66.

¹⁸⁸ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE, núm. 184, 2 de agosto de 2011). La DA 46, además añade que las prestaciones que otorguen estas Mutualidades, *“cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar en el momento de producirse cualquiera de las contingencias cubiertas, un importe no inferior al 60 por 100 de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en dicho sistema de la Seguridad Social, o si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Si tales prestaciones adoptaran la forma de capital, éste no podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta. Se considerará, así mismo, que se cumple con la obligación de cuantía mínima de la prestación, si las cuotas a satisfacer por el mutualista, cualesquiera que sean las contingencias contratadas con la Mutualidad alternativa, equivalen al 80 por 100 de la cuota mínima que haya de satisfacerse con carácter general en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”*.

¹⁸⁹ No obstante, esta Disposición ha sido derogada por el apartado 22 de la disposición derogatoria única del nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para ser incluida en los mismos términos, en su Disposición adicional decimonovena *“ámbito de protección de las mutualidades de previsión social alternativas al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”*.

Por contra, si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio por maternidad.

b) *Cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no estar incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa*, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad.

Este supuesto se refiere a cualquier otra situación por la que no exista obligación de inclusión de la trabajadora en el sistema de Seguridad Social, ni mutualidad, por ello, para que el otro progenitor pueda suspender su contrato de trabajo o su actividad por el periodo que le hubiese correspondido a la madre, se le exigirá *“justificación de que no procede la inclusión de la interesada en una mutualidad de previsión alternativa”*¹⁹⁰.

Sin embargo, este último párrafo del art. 3.4 RD 295/2009, tiene una interpretación dudosa. Dice literalmente “cuando la madre no tuviese derecho...” la remisión al primer párrafo del art. 3.4 RD 295/2009, implica que debe tratarse de una trabajadora por cuenta propia, pero según este último se trata de una trabajadora por cuenta propia que no cotiza ni al Sistema de Seguridad Social correspondiente, el de Autónomos, ni a una mutualidad de previsión social alternativa, por lo que lógicamente carece de protección. A pesar de que la madre, trabajadora por cuenta propia, en contra de lo previsto legalmente no cotiza ni al RETA, ni a una mutualidad de previsión social, el otro progenitor, si reúne los requisitos legalmente exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el período que hubiera correspondido a la madre¹⁹¹.

Para aclarar este supuesto, tomamos de ejemplo dos sentencias del TSJ de Murcia. En la primera, la sala de lo social de este Tribunal se pronuncia en sentencia de 3 de noviembre de 2014, en el caso de un padre por maternidad subrogada, donde la madre

¹⁹⁰ Art. 14.2 c) RD 295/2009, de 6 de marzo.

¹⁹¹ AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, cit., págs. 41-42.

de los menores en la fecha del nacimiento no se encontraba en situación de alta ni en situación asimilada al alta en la seguridad social española, habiendo renunciado a la guarda y custodia, así como a todos los derechos de maternidad. Al padre le fue denegada la prestación por maternidad. El TSJ de Murcia falla que como la madre no tiene derecho a prestación por no hallarse en el RETA, ni en una mutualidad, y no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo de conformidad con la regulación legal existente en España, el derecho que correspondería a esta puede ser ejercido por el padre, tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad¹⁹².

En idénticos términos se pronuncia este Tribunal en la Sentencia núm. 292/2015 de TSJ Murcia, que concede la prestación por maternidad al padre de una niña y un niño nacidos mediante gestación subrogada de acuerdo con el artículo 3.4 RD 295/2009¹⁹³.

¹⁹² Sentencia nº 3082/2014 de TSJ de Murcia (Murcia), Sala de lo Social, 3 de noviembre de 2014. (Rec. 330/2014).

¹⁹³ Véase Sentencia núm. 733/2015 de TSJ de Murcia (Murcia), Sala de lo Social, 30 de Marzo de 2015, núm. Recurso 931/2014. www.tsj.vlex.es. Consultada el día 7-6-2015. En este caso el padre tiene la condición de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, y en 2013 nacieron su hija e hijo biológicos y mellizos, en Nueva Delhi (India) mediante "Gestación por sustitución", en virtud de un contrato regulador de esa técnica de reproducción humana, y que fueron debidamente inscritos en el Registro Consular Español en Nueva Delhi. En comparecencia ante Notario Público del Gobierno de la India, el padre y la madre biológica estipularon que esta, de manera expresa, libre y voluntaria, rehusaba el ejercicio de cualquiera de las funciones inherentes a los derechos como madre, dando su consentimiento al padre biológico para ejercer con exclusividad la guarda y custodia, así como todas las funciones parentales y obligaciones en tanto que padre genético, natural y único progenitor legal de los menores. Así mismo estipularon que el actor asumiría todos los gastos y cargas que comportara la crianza, siendo el único beneficiario de cualquier prestación o subsidio que se pudiera solicitar en España, incluido el permiso laboral para el cuidado de los menores durante sus primeros meses de vida, al ser el único que los cuida, constituyendo su único apoyo económico y emocional desde el nacimiento. El padre obtuvo del Servicio Murciano de Salud el permiso de maternidad de 18 semanas, por lo que solicitó al INSS el abono de la prestación económica por maternidad, que le fue denegada por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas del artículo 133 bis de la anterior LGSS (la maternidad, la adopción y el acogimiento). Contra esta Resolución formuló reclamación previa que estima su demanda contra el INSS declarando su derecho a la prestación por maternidad. Contra dicho pronunciamiento el INSS interpone recurso de suplicación al entender que la sentencia recurrida ha ampliado el campo de aplicación de los preceptos al reconocerse una prestación no prevista en norma legal o reglamentaria alguna, concretamente la prestación económica por maternidad al padre biológico, pudiendo acceder a la misma solamente la mujer, sin que ello suponga desigualdad de trato. El padre se opone a este recurso y lo impugna ante el TSJ de Murcia, que para resolver el presente litigio, tiene en cuenta dos cuestiones:

a) Que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece que "será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante", no es una norma que regule la prestación por maternidad, sino que la finalidad que tiene es la protección de la madre biológica, lo que no elimina la posibilidad de acudir a la prestación por parte del padre biológico cuando la madre biológica no hace uso o no puede acceder a ella.

b) Determinar si el actor tiene derecho a la prestación por maternidad. Señala que "el nacimiento de un hijo da lugar a las prestaciones por maternidad y paternidad". La diferente regulación de una y otra prestación, permite concluir que existe un tratamiento diferente, no tanto en función del sexo, como por el hecho biológico de la maternidad, exclusivo de la mujer. Sin embargo, el artículo 133 ter, admite que los beneficiarios de la prestación por maternidad puedan ser los trabajadores, cualquiera que sea su sexo,

1.6. Que la madre trabajadora por cuenta propia esté incluida en el RETA

Sorprende este supuesto, ya que con anterioridad a la LOI, las mujeres incluidas en el RETA, no podían ceder este derecho al padre, creando así el sistema de Seguridad Social una discriminación con respecto a las madres trabajadoras incluidas en el Régimen General. Más si se tiene en cuenta que para la madre que trabaja por cuenta propia, le supone un mayor beneficio poder ceder su permiso al padre, debido a las peculiaridades del trabajo autónomo. Estas mujeres se enfrentan a la dificultad de dejar su empresa en manos de terceras personas, las que trabajen para ellas en el caso de que las tengan, o por el contrario, tener que contratar personal para que gestionen su actividad, algo complicado cuando se trata de personas con una cualificación profesional específica o un alto grado de experiencia para desempeñar el trabajo, y con el factor añadido de la temporalidad y corta duración de la contratación (16 semanas), lo que puede acarrear no encontrar personas que quieran desempeñar la actividad. De otra parte, en el caso de que la autónoma cese su actividad sin que nadie la sustituya, podría tener consecuencias negativas para ella el cese temporal de la actividad, tales como la pérdida de clientela, pérdida de ingresos, retrasos en la ejecución de trabajos, etc.

Además, hay que tener en cuenta que en el RETA la base de cotización es a elección de la trabajadora autónoma, que si es menor de 47 años podrá elegir entre las

disposición que se justifica porque existen determinados supuestos en los que el padre puede tener acceso a la prestación por maternidad, siendo su disfrute compatible con la de paternidad.

El derecho a la suspensión del contrato por nacimiento de un hijo-a se condiciona a la existencia de un contrato de trabajo, el artículo 48.4 ET contempla el supuesto de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, en el cual, al otro progenitor se le concede el derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo de tiempo que le hubiera correspondido a la madre, siendo tal suspensión compatible con el derecho a la suspensión del contrato por paternidad. Y el RD 295/2009 en su artículo 3.4 contempla que "*cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad*". Tal es la situación en la que se encuentra el demandante, pues la madre no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo, de modo que, de conformidad con la regulación legal y reglamentaria existente en España, el derecho que correspondería a ésta puede ser ejercido por el padre. Tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad, se establecen para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres y en razón a la especial atención que requiere el recién nacido, por lo que, en el presente caso, existe una razón adicional para conceder al actor el derecho a la suspensión y prestación por maternidad, dado que es éste el que tiene la custodia de los hijos y no convive con la madre biológica. En consecuencia, el TSJ concede al padre el derecho a disfrutar la prestación por maternidad, ya que no vulnera los preceptos del art. 133 bis LGSS , y arts. 2 y 3 RD 295/2009.

bases mínima y máxima¹⁹⁴. Por regla general, en esta franja de edad la mayoría de las personas afiliadas a este régimen se acogen a la base de cotización mínima (lo que abarca todo el período de edad fértil y de posible maternidad de las trabajadoras autónomas), que suelen subir a partir de esta edad con vistas a su futura pensión de jubilación. Así, la base mínima de cotización para el año 2016 es de 893,10 euros mensuales¹⁹⁵, por tanto la prestación por maternidad sería de igual importe. Si el padre trabaja por cuenta ajena, es muy probable que tenga una base reguladora superior a la madre trabajadora por cuenta propia, siendo en este caso más rentable para la economía familiar que sea el padre quien disfrute del permiso por maternidad.

Con la nueva redacción del art. 48.4 ET introducida por la LOI se pone fin, en parte, a una situación conflictiva y criticada por la doctrina derivada del hecho de que sea exclusivamente la madre trabajadora la titular del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en los casos de maternidad biológica. Pues al reconocerse que la titular del derecho al descanso es la madre, el Tribunal Supremo entendió que si la madre no es trabajadora por cuenta ajena encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social, no puede hacer cesión al padre de un derecho que carece. Para que el padre pudiera disfrutar de la suspensión es imprescindible que ambos presten servicios con vinculación laboral y que estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁹⁶. Como se pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 2002¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Artículo 115. Cinco. 2. Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

¹⁹⁵ Artículo 115. Cinco. 1. Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

¹⁹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.; y GIL PLANA, J.: “Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)”, cit., págs. 37-38.

¹⁹⁷ Véase STS 9203/2002 del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de dieciocho de Marzo de dos mil dos. (Rec. 1042/2001). La cuestión propuesta en el recurso se concreta en si el derecho reconocido en el art. 48.4 del ET a la trabajadora que ha dado a luz, de optar que parte del periodo de descanso por maternidad lo disfrute el padre, puede ejercerse en el supuesto de que la madre trabajadora lo sea por cuenta propia y esté en consecuencia afiliada al RETA, mientras que el padre trabajador por cuenta ajena está afiliado al Régimen General. La Sala llega a una conclusión negativa sobre esta cuestión, razonando que el señalado precepto concede la suspensión del contrato de trabajo a la mujer por razón de parto, siendo por ende necesario que ésta se encuentre sujeta a un contrato laboral, condición que no cumplen las afiliadas al RETA. Y ello pese a que el art. 133 bis LGSS al reconocer las prestaciones por maternidad no distinga por razón de sexo y que la disposición adicional 11 bis LGSS reconoce a la trabajadora por cuenta propia prestaciones por maternidad análogas a la trabajadora por cuenta ajena. Ahora bien, según el TS esta regulación de la protección de la maternidad, no es ajena a lo dispuesto en el art. 48.4 del ET y prueba evidente de ello es la remisión que se hace al mismo, en el art. 133 bis. En su consecuencia, ni el art. 48.4 ni la regulación de las prestaciones por maternidad otorgadas en la ley de Seguridad Social autorizan a

La LOI, confirma implícitamente, ya que, si el nuevo supuesto de disfrute materno introducido en el artículo 48.4 del ET se refiere a “*el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad*”, sin incluir literalmente a las trabajadoras afiliadas al RETA, y si la finalidad de esta norma es cubrir las lagunas de protección, debemos racionalmente concluir que, si no las incluye, es justamente, porque las entiende incluidas sin necesidad de una nueva norma legal¹⁹⁸. No obstante, la jurisprudencia así lo ha entendido como pone de relieve la Sentencia del TS de 15 de octubre de 2009¹⁹⁹.

Es relevante a efectos de promover el espíritu empresarial y la actividad autónoma de las mujeres, que nuestro ordenamiento jurídico permita al otro progenitor, trabajador asalariado, disfrutar del periodo de descanso no “utilizado” por la madre autónoma (pues es previsible que esta tienda a reducir el período de disfrute para aminorar las repercusiones económicas negativas derivadas del mismo), pues de este modo, la mujer emprendedora no se verá obligada a desatender su actividad profesional, al quedar el menor –uno de los bienes jurídicos tutelados por la norma protectora de la maternidad biológica- al cuidado del otro progenitor, quien, por otra parte, lejos de ver “sustraídos” sus derechos de conciliación, podrá disfrutarlos satisfactoriamente²⁰⁰.

que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad, presupuesto primero para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo por opción, en este sentido, de la madre.

¹⁹⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Cit., pág. 60.

¹⁹⁹ Véase ATS 15763/2009, de 15 de octubre de 2009. Núm. Recurso 226/2009. El origen del recurso son que la esposa del demandante dio a luz a un hijo, y estando la madre disfrutando de la prestación por maternidad, presentó escrito en la SS, optando por la prestación a favor del padre, trabajador de Telefónica por cuenta ajena al que la empresa le niega el descanso. El actor formula demanda ante el Juzgado de lo Social nº 3 de San Sebastián que dictó sentencia desestimando su pretensión. Dicha resolución fue recurrida y el TSJ del País Vasco reconoce al actor el derecho que postula, razonando la sentencia a tal efecto que el art. 45.1.d) ET no distingue entre trabajadores por cuenta propia y ajena al regular la suspensión, ni lo hace el art. 48.4 en la redacción dada por la LOI. Contra esta sentencia interpone recurso de casación para unificación de doctrina el INSS aportando como sentencia de contraste la esta misma sala de 18 de marzo de 2002 (vista en la página anterior). Según el TS aunque pudiera apreciarse contradicción entre las resoluciones comparadas en cuanto al fondo de la cuestión planteada hay una diferencia relevante y es que la sentencia recurrida basa su fallo en la regulación vigente tal como ha quedado redactada a la luz de la LOI, así pues, enjuiciando pretensiones de idéntica naturaleza, cada una de las sentencias aplica a los supuestos de hecho la normativa vigente, y distinta en cada momento. Además señala que la LOI incorpora un nuevo párrafo al art. 48.4 ET “que de un modo más o menos directo alude a la problemática que nos ocupa, yendo incluso más allá, a saber: En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo”.

²⁰⁰ LÓPEZ ANIORTE, M.C. y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M.: “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”. Cit., pág. 100.

No obstante, “el tratamiento específico de esta situación sería innecesario si el disfrute de la suspensión por maternidad fuera totalmente indistinto para madre y padre. Esta diferenciación de régimen jurídico por género resulta, además, contradictoria con el disfrute indistinto que se aplica en caso de adopción y acogimiento. La situación se presenta asimismo paradójica cuando se pone en conexión con la suspensión/prestación por paternidad (que implica la promoción de la responsabilidad paterna en las responsabilidades familiares) y la independencia del género en la composición de las unidades familiares (después del reconocimiento con igualdad de derechos de las unidades familiares constituidas por personas del mismo género)”²⁰¹.

1.7. Que la madre trabajadora no reúna el periodo mínimo de cotización

En el supuesto de que la madre carezca de cotización suficiente para acceder a la prestación de maternidad contributiva, el otro progenitor podrá acceder a dicha prestación, conforme al art. 3.5 RD 295/2009, que determina que *“En caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido y se le reconoce el subsidio de naturaleza no contributiva, el otro progenitor, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio de naturaleza contributiva, durante el periodo de descanso que corresponda, descontando la duración y el incremento del subsidio de naturaleza no contributiva que, en su caso, hubiera correspondido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de este real decreto, y siempre que aquél acredite los requisitos exigidos. Dicho subsidio será compatible con el de paternidad”*.

Asimismo el Real Decreto añade que *“La opción por el disfrute del permiso en favor del otro progenitor deberá realizarla la madre al inicio del descanso”*. Es decir, que en el momento de solicitar la madre la prestación no contributiva debe conceder al padre la opción de que este perciba la prestación contributiva por maternidad, por el tiempo que reste, generalmente diez semanas.

Aunque la titularidad es materna, se da la posibilidad de acceso paterno en el caso de que la madre no tenga derecho a la prestación contributiva, constituye un supuesto peculiar ya que se establecen dos suspensiones/prestaciones: por un lado, la suspensión obligatoria de seis semanas tras el parto de la madre trabajadora y la correspondiente

²⁰¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., pág. 101.

prestación no contributiva; y de otro lado, la suspensión paterna del tiempo restante desde el fin de la suspensión obligatoria de la madre (seis semanas), hasta el tiempo establecido de carácter general (16 semanas o las que correspondan por parto múltiple) y la correspondiente prestación contributiva.

“El disfrute paterno en este supuesto constituye, pues, un complemento al disfrute de la prestación de maternidad no contributiva. Antes de que ésta se hubiera creado, la falta de cotización materna generaba la transferencia total al padre de la suspensión/prestación, con la sola excepción de las seis semanas obligatorias post parto, que debían ser obligatoriamente disfrutadas por la madre, aunque no llevaran aparejada prestación alguna”²⁰². De esta manera se garantiza la recuperación física de la madre tras el parto y que no sufra la pérdida de rentas mientras dura la suspensión, y de otra parte, se otorga el resto de la suspensión/prestación (normalmente 10 semanas) al padre para que atienda el cuidado de la criatura, ya que de no ser así esta quedaría desamparada.

No obstante, “el Real Decreto, al limitar el derecho del padre al subsidio de maternidad general en la medida en que *“se le descuenta la duración y el incremento del subsidio de naturaleza no contributiva”*, está introduciendo una restricción sin aval legal suficiente. Y además es contraria a los principios inspiradores de la LOI, que, en su artículo 44.1, afirma que *“los derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y a las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares”*. Restringirlos derechos del padre que asume sus responsabilidades familiares es, justamente, lo contrario de fomentar”²⁰³. En este supuesto el padre depende de la decisión de la madre para disfrutar del permiso, aunque esta no tenga derecho al mismo por carecer de cotización suficiente, le corresponde a ella decidir si el padre cobra la prestación contributiva, así la Seguridad Social le da la potestad a la madre para conceder un derecho que no tiene.

²⁰² BALLESTER PASTOR M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., pág. 139.

²⁰³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 24, 2009, págs. 51-52.

1.8. El disfrute paterno del permiso por maternidad

Según las estadísticas elaboradas por la Seguridad Social, en los últimos diez años, la prestación por maternidad ha sido percibida a nivel nacional por un porcentaje muy escaso de padres, como se refleja en la siguiente tabla.

Tabla núm. 4. Prestación de maternidad. Procesos percibidos por cada progenitor

AÑO	TOTAL PROCESOS MATERNIDAD	PROCESOS PERCIBIDOS MADRE	PROCESOS PERCIBIDOS PADRE	% MADRE	% PADRE
2006	322.600	317.318	5.282	98,36	1,64
2007	331.642	326.438	5.204	98,43	1,57
2008	359.160	353.585	5.575	98,45	1,55
2009	340.512	334.786	5.726	98,32	1,68
2010	332.557	326.752	5.805	98,25	1,75
2011	324.405	318.607	5.798	98,21	1,79
2012	298.732	293.704	5.028	98,32	1,68
2013	288.842	283.923	4.919	98,30	1,70
2014	281.151	276.239	4.912	98,25	1,75
2015	278.389	273.181	5.208	98,13	1,87

Fuente: Elaboración propia según datos de la Seguridad Social. Estadísticas. Prestación de maternidad. www.seg-social.es. Consultada el día 04-02-2016. [http://www.seg-social.es/Internet/1/Estadistica/Est/Otras Prestaciones de la Seguridad Social/Maternidad/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet/1/Estadistica/Est/Otras%20prestaciones%20de%20la%20Seguridad%20Social/Maternidad/index.htm).

Esta tabla incluye todos los procesos por maternidad (por parto, por adopción y acogimiento). En lo referente al número y porcentaje de la prestación percibida por el padre, estarían incluidos todos los supuestos en los que este puede acceder al permiso maternal en caso de nacimiento biológico (por cesión, por fallecimiento de la madre, y por no tener derecho la madre).

Tras analizar estos datos se puede concluir que el disfrute del permiso por maternidad es prácticamente femenino, ya que en los últimos diez años, el 98% de las personas que han percibido la prestación por maternidad ha sido mujeres. A esto hay que añadir que en este porcentaje está incluido el supuesto de adopción y acogimiento,

donde la titularidad del permiso es de ambos progenitores, sin embargo siguen siendo las madres adoptantes o acogedoras quienes ejercen las tareas del cuidado de las hijas o hijos. Así la participación masculina en el uso y disfrute de la prestación por maternidad oscila entre un 1,55% en el año 2008 y un 1,87% en el año 2015, porcentajes bajísimos si se tienen en cuenta que en los procesos por maternidad de la tabla están incluidos todos los supuestos de disfrute paterno, lo que demuestra la baja corresponsabilidad en los cuidados de los padres españoles.

Por otra parte, es interesante cómo se comportan los padres en función de la Comunidad Autónoma donde vivan para ello se elabora la siguiente tabla.

Tabla núm. 5. Prestación por maternidad por Comunidades según procesos percibidos por la madre y el padre durante el año 2015

AÑO 2015			
CCAA	TOTAL PROCESOS MATERNIDAD	% PROCESOS PERCIBIDOS POR LA MADRE	% PROCESOS PERCIBIDOS POR EL PADRE
ANDALUCIA	48.917	98,71	1,29
ARAGON	7.777	98,12	1,88
ASTURIAS	4.529	97,46	2,54
BALEARES	6.911	98,36	1,64
CANARIAS	9.398	98,45	1,55
CANTABRIA	3.185	97,99	2,01
CASTILLA-LEON	12.234	97,81	2,19
CASTILLA-LA MANCHA	10.092	98,62	1,38
CATALUÑA	49.523	98,22	1,78
EXTREMADURA	5.646	98,57	1,43
GALICIA	14.442	97,73	2,27
MADRID	47.638	98,19	1,81
MURCIA	9.034	98,99	1,01
NAVARRA	4.446	96,76	3,24
LA RIOJA	1.886	98,09	1,91
C. VALENCIANA	26.873	98,72	1,28
PAÍS VASCO	15.067	94,68	5,32
CEUTA	323	98,76	1,24
MELILLA	468	97,86	2,14

Fuente: Elaboración propia según datos de la Seguridad Social. Estadísticas. Prestación de maternidad. www.seg-social.es. Consultada el día 04-02-2016.

Tras analizar los datos de la tabla al igual que sucede en el cómputo a nivel nacional, se puede concluir que el disfrute del permiso por maternidad es prácticamente femenino en todas las Comunidades Autónomas. En el año 2015, exceptuando el País Vasco con un 94,68% y Navarra con un 96,76% de mujeres, el resto de Comunidades está en torno al 97-98% de mujeres que han percibido la prestación por maternidad. En cuanto a la participación masculina en el percibo de la prestación por maternidad oscila entre un uno y un dos por ciento en casi todas las comunidades, destacando positivamente los padres vascos con un 5,32% y los navarros que le siguen con un 3,24%. En el lado opuesto tenemos a los padres murcianos con el porcentaje más bajo un 1,01%, que de nuevo presentan los porcentajes más pequeños (al igual que sucedía en el caso de compartir la prestación con la madre en el supuesto de parto donde presentan en los años 2013 y 2014 el porcentaje más bajo, y en el año 2015 quedan en penúltimo lugar superados solo por los padres extremeños). Por tanto podemos concluir que la corresponsabilidad paterna en los cuidados es muy escasa en todas las regiones aunque es destacable el papel de los padres del norte (País Vasco y Navarra) y se pone de relieve que los padres murcianos son los que menos disfrutaban del permiso por maternidad.

2. Situaciones sorprendentes en caso de parto

2.1. El supuesto de fallecimiento del hijo o la hija

Una de las mejoras introducidas por la LOI en la licencia por maternidad biológica es que *"en el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo"* -artículo 48.4 del ET-. Con anterioridad a la LOI, el artículo 7.2 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, aunque atribuía el subsidio a la madre en este, lo limitaba a *"los días que falten para completar el periodo de descanso obligatorio para la madre de 6 semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieren agotado"*. Se mejora así la situación de la madre, que podrá utilizar lo que queda hasta agotar la licencia por maternidad, siempre que no se reincorpore al trabajo. Se deduce que quien ha dictado la norma le concede a la madre estas semanas, que en principio estaban destinadas al cuidado de la criatura, para que esta se reponga psicológicamente de la pérdida.

Por otra parte, el RD 295/2009 que regula la prestación por maternidad, en su art. 8.4 en este supuesto deja sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del otro progenitor, lo que provoca que el padre no tenga derecho a continuar con la suspensión/prestación y tras la pérdida de la criatura deberá reincorporarse al trabajo. El RD no tiene la misma consideración con el padre al que le priva de poder continuar con el permiso, aunque haya sufrido igualmente la pérdida de un hijo o una hija, y necesite al igual que la madre recuperarse psicológicamente de esta pérdida.

Por otra parte, si el bien jurídico protegido en los supuestos de maternidad es el cuidado de la criatura y ésta ha fallecido, lo más coherente en este caso sería que tras la valoración médica correspondiente la madre o el otro progenitor pasaran a la situación de incapacidad temporal. Sin embargo, quienes legislan han optado por mantener el descanso por maternidad, ampliándolo, por tanto, a situaciones que van más allá de la finalidad estricta perseguida por esta prestación. Quizás con esta medida lo que se pretende es liberar a la empresa del coste económico que la calificación como incapacidad temporal de dicha situación conllevaría²⁰⁴. Al no tratar esta situación como baja por enfermedad común por motivos psicológicos, se libera a la empresa del coste de la IT, algo necesario teniendo en cuenta que este supuesto solo afecta a las mujeres, ya que por una parte, son ellas las titulares del derecho y las que lo disfrutaban principalmente, y de otra parte, al quedar sin efecto la cesión del permiso al otro progenitor, el padre se reincorporará al trabajo y por tanto no tendrá ninguna repercusión económica en la empresa. No obstante, esto no explica, que se le revoque el permiso al padre en esta situación.

Si el fallecido es una persona menor adoptada o acogida, tampoco se reduce la duración de la prestación económica, salvo que los adoptantes o acogedores soliciten reincorporarse a su puesto de trabajo. Aquí es independiente quien disfrute el permiso, sea el padre o la madre, podrán seguir disfrutándolo, en contraste con el supuesto de parto, donde el padre pierde el derecho. Por otra parte, si el periodo de descanso estaba distribuido entre ambos adoptantes o acogedores, la parte no consumida por uno de ellos no se acumulará al periodo disfrutado por el otro. No se acumula pero tampoco

²⁰⁴AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, cit., pág. 71.

repercute en el disfrute del otro, ya que si uno de ellos decide voluntariamente no consumir su parte del permiso y reincorporarse al trabajo, esta decisión no afecta al otro u otra que podrá continuar con su parte del permiso. Se genera de esta forma una clara discriminación del padre biológico frente al padre adoptante o acogedor.

Por otra parte, en caso de parto múltiple con fallecimiento de algunas de las criaturas nacidas, la lógica del artículo 48.4 del ET nos conduce a una duración de la licencia de maternidad atendiendo al número de menores nacidos, al margen de si son viables o si fallecen o viven, de modo que, por ejemplo, en un parto gemelar en el que fallece un hijo o hija, sobreviviendo el otro u otra, la duración será de dieciocho semanas, con la salvedad de que la madre renuncie a las dos semanas adicionales²⁰⁵.

Todo esto será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del CC para adquirir la personalidad (la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno), siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días. Es decir, si la gestación supera los 180 días (6 meses) está terminada en parto y por tanto existe maternidad²⁰⁶, aunque el neonato nazca muerto o fallezca con posterioridad, el descanso ni desaparece ni se reduce para la madre o para los adoptantes o acogedores salvo que opten por la reincorporación al trabajo.

Pero si la gestación no supera los 180 días y se produce un aborto deja de existir el proceso de maternidad ya que ésta ha sido interrumpida, eliminando la posibilidad del acceso a la suspensión/prestación por maternidad. “El aborto trae como consecuencia la necesidad de tutelar la salud de la madre en cuanto a su 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. De este modo, de tratarse de

²⁰⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, cit., pág. 7.

²⁰⁶ Art. 48.4 ET.

contingencias comunes, se establece una percepción del 60 por ciento de la base reguladora entre el cuarto y el vigésimo día de baja o del 75 por 100 a partir del vigésimo primer día; si la causa fuera profesional, la cuantía será del 75 por 100 desde el día siguiente a la baja (Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre)²⁰⁷.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla ningún supuesto en caso de aborto, lo que contrasta con la Recomendación sobre la protección de la maternidad, número 95 de la OIT²⁰⁸, que en su artículo 1.2 dispone que *“los organismos de control deberían estar autorizados para prescribir en casos individuales, mediante presentación de un certificado médico, una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal, si dicha prolongación se considerase necesaria en interés de la salud de la madre y del hijo, y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio”*.

Esta recomendación de la OIT hace referencia a una prolongación del descanso en caso de aborto, pero en nuestro Ordenamiento Jurídico no se puede aplicar ya que en caso de aborto no se genera ningún descanso por maternidad, lo que se origina es una baja por enfermedad. Esta distinción entre permiso por maternidad y baja por enfermedad provoca dos situaciones. Por una parte, se da un tratamiento de enfermedad al embarazo, ya que al interrumpirse este de forma involuntaria la madre trabajadora tendrá derecho a una prestación por IT. Y de otra parte, se la perjudica económicamente al no poder optar a la prestación por maternidad retribuida en un 100%, a diferencia de la de IT que estará entre un 60% y 75% de la BR; a no ser que en el Convenio Colectivo de aplicación en la empresa venga regulado un complemento por enfermedad del 40 ó 25% según corresponda, de la prestación por IT de la Seguridad Social, complemento que es asumido por la empresa, lo que puede provocar ciertas reticencias empresariales a la contratación de mujeres embarazadas o en edad fértil.

²⁰⁷ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 63.

²⁰⁸ Recomendación sobre la protección de la maternidad, número 95 de la OIT, de 28 de junio de 1952. Ginebra.

Nuestra legislación laboral para evitar estas reticencias empresariales a la contratación de mujeres embarazadas sobre todo en los primeros meses de gestación donde hay más posibilidad de que se produzca un aborto, debería equiparar la protección social del aborto a la maternidad, bien mejorando la protección de la IT en estos casos ampliando la prestación al 100% de la BR, o bien derivando directamente la protección hacia la contingencia de maternidad.

2.2. El supuesto de fallecimiento del padre

El caso de fallecimiento del padre viene contemplado en el art. 8.5 RD 295/2009 que señala que: *“Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad”*. Este caso se aplica igualmente en los supuestos de adopción y acogimiento, si falleciera uno de los adoptantes o acogedores beneficiarios del subsidio por maternidad, siempre que el otro adoptante o acogedor superviviente reúna los requisitos para causar derecho a dicho subsidio, podrá disfrutar del descanso o permiso correspondiente.

Cuando fallece la madre el padre biológico tiene derecho a la prestación por maternidad siendo el disfrute de esta prestación compatible con el derecho al subsidio por paternidad; sin embargo se da la singularidad que cuando el fallecido es el padre, la madre no puede acceder a la prestación por paternidad. Cuando es la madre la que fallece se concede al padre hasta 16 semanas de licencia por maternidad, más 13 días por paternidad, y dos por permiso por nacimiento, en total el padre podría disfrutar hasta 18 semanas de permiso retribuido, todo ello con la finalidad de no dejar carente de cuidados a la criatura ante el fallecimiento de la madre. Sin embargo, cuando el fallecido es el padre, la madre únicamente tendrá derecho al permiso por maternidad, o en caso de que le hubiera cedido una parte al padre, al resto que quede por disfrutar, que en ambos casos no supera las 16 semanas, aunque esta se haya quedado sola ante la tarea de los cuidados.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROTECCIÓN POR PATERNIDAD

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR PATERNIDAD

1. El permiso por nacimiento de hijo o hija

En sus inicios los padres no existían para la legislación laboral –salvo a los efectos del pírrico permiso “*por alumbramiento de la esposa*” de las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944-, ya que la totalidad de los derechos vinculados a los deberes de cuidado familiar eran de titularidad femenina²⁰⁹. Precisamente la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en su art. 67 contemplaba que “*el trabajador, avisando con la posible antelación, podrá faltar al trabajo con derecho a percibir el salario, por tiempo que no exceda de una jornada de trabajo, en caso de alumbramiento de la esposa*”. Se consideraba que un día de permiso era tiempo suficiente para estar con la esposa recién parida y conocer a la criatura, y no era necesario un permiso más largo, ya que las tareas del cuidado del recién nacido o nacida correspondían exclusivamente a la madre, que por otra parte probablemente no tendría empleo remunerado.

Tres décadas más tarde se amplían los efectos de esta licencia con la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que introduce que el trabajador, avisando con la posible antelación y justificándolo adecuadamente, podrá faltar o ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, “en caso de alumbramiento de la esposa”, durante dos días, que podrán ampliarse hasta tres más, cuando el trabajador necesite realizar un desplazamiento al efecto²¹⁰. Aunque se amplía en un día más y se contempla por primera vez el aumento de días en caso de que el padre se tenga que desplazar a consecuencia del nacimiento, sigue siendo una licencia de duración muy reducida, esto es debido a que la finalidad de este permiso es conceder tiempo al padre para ir al hospital a conocer a su hijo o hija recién nacida, acompañar a la madre y a la criatura en su estancia hospitalaria, y ocuparse de trámites administrativos como la inscripción del neonato en el Registro Civil y el correspondiente libro de familia, etc.; no para que el padre se implicara en los cuidados.

²⁰⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., pág. 11.

²¹⁰ Art. 25. 3 b) Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

Con la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores de 1980, se produce un cambio significativo en la denominación de este permiso, y se reconoce al trabajador un permiso de dos días *“en los casos de nacimiento de hijo”*, se deja a un lado la calificación del permiso *“por alumbramiento de la esposa”*, que expulsaba del derecho a la filiación extramatrimonial, es decir a los hijos o hijas nacidas fuera del matrimonio, mientras que con la nueva denominación introducida por el ET de 1980, este permiso se desliga de la maternidad de la esposa, para ser un derecho adquirido por su condición de padre biológico. Por otra parte, se amplía hasta cuatro días en caso de que el trabajador necesite hacer un desplazamiento con motivo del nacimiento²¹¹. Nace así *“el permiso o licencia por nacimiento de hijo o hija”*, regulado en el art. 37.b) del ET y en los Convenios Colectivos.

Permiso que desde su nacimiento en 1980 no ha evolucionado en cuanto a su duración y efectos, dejando algunas normas tales como el actual ET, la Ley de Conciliación y de Igualdad, pasar la oportunidad de ampliar el número de días y mejorar esta licencia para dar cabida a más supuestos. En la actualidad el art. 37.3.b) del E.T., está redactado de la siguiente forma: *“el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente: Dos días por el nacimiento de hijo.... Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”*.

Para hacer efectivo el derecho, el art. 37.3 ET exige que haya un *“previo aviso y justificación”*. Se trata de dos requisitos distintos. El aviso del trabajador a la empresa deberá ser previo al permiso: con una antelación razonable debe comunicarle la ausencia del trabajo, siendo válido cualquier medio de comunicación (llamada telefónica, telegrama, carta, correo electrónico...). El carácter urgente del alumbramiento, puede hacer imposible el aviso previo en cuyo caso el trabajador deberá avisar a la empresa lo más urgentemente posible, para evitar el perjuicio a la organización empresarial. En cambio, la justificación se aportará cuando sea posible, pudiendo aportarse con posterioridad al permiso. Se ha interpretado la exigencia de justificación en un doble sentido: justificar tanto el supuesto de hecho del permiso (el nacimiento) como la efectiva utilización del permiso con esta finalidad, de forma que la

²¹¹ Art. 37. b) ET de 1980.

empresa pueda verificar ambos aspectos. Aunque concorra el supuesto de hecho, si el permiso no se ha utilizado para la finalidad legal, la ausencia no estará justificada y la empresa podrá sancionar al trabajador²¹².

Por otra parte, los aspectos fundamentales del permiso por nacimiento son:

- 1º) Se refiere a “nacimiento de hijo o hija”, por tanto el padre solo podrá disfrutarlo en el caso de paternidad biológica no en caso de adopción o acogimiento.
- 2º) Es retribuido por la empresa que asume tanto el salario como las cotizaciones sociales de los días que dure el permiso. Probablemente esta sea la causa por la cual desde sus inicios no se haya aumentado su duración. Sin embargo, la ampliación si se ha producido gracias a la negociación colectiva, ya que hay algunos Convenios Colectivos que contemplan más días de permiso por nacimiento.
- 3º) Es un permiso poco flexible, ya que se trata de días naturales y su disfrute puede coincidir con fines de semana, festivos o vacaciones.
- 4º) Las garantías frente al despido disciplinario se aplican al permiso por paternidad y no al permiso por nacimiento.

Por todo lo expuesto anteriormente, sería más consecuente que esta licencia fuera absorbida por el permiso por paternidad, aumentando así la duración de este pudiendo llegar hasta 15 días retribuidos íntegramente por la Seguridad Social y sin coste alguno para la empresa.

2. El permiso por paternidad

La incorporación masiva de la mujer al empleo ha modificado el modelo de familia tradicional y ha provocado la participación de ambos sexos tanto en los cuidados, como en el reparto de las tareas domésticas; aunque la igualdad en este sentido aun no es plena ya que tanto los cuidados a menores y familiares como el trabajo doméstico siguen siendo asumidos principalmente por las mujeres, es cierto que

²¹² MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares", *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 2, 2009. Edita: Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 13-14.

hay una tendencia hacia una mayor participación masculina en estas responsabilidades, tanto desde el punto de vista social, como legislativo.

En este contexto la LOI estableció un conjunto de medidas para favorecer y fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de ambos sexos. Dentro de estas medidas estaría el permiso por paternidad, que según define la propia norma en su exposición de motivos, es la medida más innovadora de esta Ley, en lo que respecta al fomento de la conciliación. Efectivamente, si lo que se pretende es impulsar la conciliación paterna, debe existir una licencia que permita al padre compatibilizar su vida laboral y familiar, al igual que existe para la madre a través del permiso por maternidad.

La finalidad de este permiso viene justificada en el artículo 44.3 de la LOI que dispone que *“para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”*. Con gran acierto se crea el permiso por paternidad, pues sin una licencia para el padre no hay posibilidad de que este participe en las tareas del cuidado de los menores, y sin su participación no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares entre ambos progenitores, lo que obviamente dificulta el acceso y la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo.

La norma establece que el permiso por paternidad es “un derecho individual y exclusivo del padre”, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento familiar, de trece días de duración, y ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Con él nuestro país se sumaba a otros países europeos que han apostado por reconocer como derecho del padre un descanso para asumir su responsabilidad en la crianza. Además, crear esta licencia por paternidad en nuestra legislación laboral aporta múltiples beneficios a todas las partes implicadas:

- a) Para el padre, porque se eliminan los obstáculos que le impedían asumir de manera responsable su paternidad. Asimismo la implicación del padre en el cuidado del hijo o hija en sus primeros días de vida crea lazos de afectividad y permite la

convivencia con la criatura. Además el permiso por paternidad, consigue evitar la desprotección que sufría el padre biológico, ya que al margen del permiso de dos días naturales del art. 37.3 ET, carecía de un derecho propio al margen de la decisión de la madre de cederle parte de su permiso de maternidad.

- b) Para la madre en caso de parto, porque se facilita su recuperación al estar presente el padre para su cuidado y el del neonato en el caso de que decidan hacer coincidir en el tiempo ambos permisos (maternidad y paternidad).
- c) Para las mujeres trabajadoras, porque se reduce la discriminación laboral que sufren por ausentarse del trabajo a consecuencia de la maternidad. Al ausentarse el padre también por causa de su paternidad, el hecho del nacimiento de un hijo o una hija afectará laboralmente a los dos progenitores casi por igual (no afecta por igual al ser la duración del permiso paterno menor).
- d) Para los hijos e hijas, porque se aumenta en conjunto el tiempo de cuidado por parte de ambos progenitores.
- e) Para la familia, porque promueve la integración de la unidad familiar –padre, madre, hijos e hijas- a través de la corresponsabilidad.
- f) Para las empresas, porque el permiso tiene un coste cero y hace posible el reparto entre mujeres y hombres de los derechos de conciliación.
- g) Para la sociedad, porque se concientiza sobre los beneficios de la corresponsabilidad en la distribución de las obligaciones familiares. Por otra parte, sirve para romper los estereotipos de género, tales como, que sólo la madre está capacitada para la crianza y más cuando se trata de una criatura recién nacida que necesita de cuidados especiales que solo ella le puede proporcionar.

No obstante, la LOI en lugar de configurar un único descanso por paternidad, optó por crear un permiso por paternidad, a través del nuevo artículo 48 bis del ET²¹³,

²¹³ 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 (BOE, núm. 75, 29 de marzo de 1995).

manteniendo a la vez, sin modificación alguna, el clásico permiso de dos días –o si fuere necesario desplazamiento al efecto, de cuatro días- por “el nacimiento de hijo” que se reconoce en el artículo 37.3.b) del ET. Aun siendo ambos derechos al descanso, su justificación es muy diferente. El permiso por paternidad ostenta una finalidad de corresponsabilidad, mientras el de nacimiento de hijo hija obedece a un reparto tradicional de los roles domésticos, permitiendo al padre “pasar algún tiempo con el recién nacido y con la madre, participar en celebraciones familiares relacionadas con el nacimiento y ocuparse de trámites necesarios”²¹⁴.

Esta dispersión en dos permisos diferentes hace que con la suma de ambos el padre, por regla general, disfrute de quince días de licencia retribuida. Dos días por nacimiento o más si así lo establece el Convenio Colectivo correspondiente, retribuidos íntegramente por la empresa. Y trece días de suspensión/prestación retribuidos por la Seguridad Social. Sin embargo, no es entendible que la empresa tenga que seguir asumiendo el salario y las cotizaciones sociales del permiso por nacimiento, cuando lo más razonable sería que estos días se hubieran sumado al permiso por paternidad, teniendo una duración total de quince días ampliable en determinados supuestos y asumida su retribución íntegramente por la Seguridad Social.

En lo referente a la evolución del permiso por paternidad desde su creación en 2007, la LOI en su DT 9ª contempla la ampliación de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, y dispone que “*el Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley*”. En cumplimiento a este mandado con la ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, se ampliaba la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas a partir del 1 de enero de 2011²¹⁵. En el preámbulo de esta norma se justifica la ampliación: “En aras a una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares, la presente Ley plantea la ampliación del período de paternidad a cuatro

²¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., pág. 47.

²¹⁵ Disposición final segunda. Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. (BOE, núm. 242, 7 de octubre de 2009).

semanas, exclusivo para el padre”. Sin embargo esta ampliación no ha llegado a hacerse efectiva a fecha de hoy, y año tras año se retrasa a través de varias normas que se detallan a continuación:

1ª) La ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado, en su disposición final decimotercera, pospone su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2012²¹⁶.

2ª) El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público²¹⁷; dos días antes de que los padres pudieran empezar a disfrutar de un mes de permiso, vuelve a retrasar la entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2013.

3ª) Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, con su disposición final décima octava, modifica la fecha de entrada en vigor al 1 de enero de 2014²¹⁸.

4ª) Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en su Disposición final vigésima segunda, de nuevo retrasa su entrada en vigor hasta el 1 de enero de 2015²¹⁹.

5ª) Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, con su disposición final décima, se retrasa por quinta vez la ampliación del permiso por paternidad hasta el día 1 de enero de 2016²²⁰.

6ª) Por último, el Gobierno a través de los Presupuestos Generales del Estado de 2016, en su disposición final undécima, demora por sexta vez consecutiva la ampliación del permiso por paternidad hasta el día 1 de enero de 2017²²¹.

De momento se pospone su ampliación a cuatro semanas hasta el 1 de enero de 2017, incumpliendo así lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la LOI,

²¹⁶ Disposición final decimotercera, Ley 39/2010, de 22 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. (BOE, núm. 311, 23 de diciembre de 2010).

²¹⁷ Disposición final octava. Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. (BOE, núm. 315, 31 de diciembre de 2011).

²¹⁸ Disposición final décima octava. Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. (BOE, núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

²¹⁹ Disposición final vigésima segunda. Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. (BOE, núm. 309, 26 de diciembre de 2013).

²²⁰ Disposición final décima. Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. (BOE, núm. 315, 30 de diciembre de 2014).

²²¹ Disposición final undécima. Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. (BOE, Núm. 260, de 30 de octubre de 2015).

que establece la obligación de extender esta licencia hasta cuatro semanas de duración, antes de que esta norma cumpla seis años de vigencia, por tanto, antes del 24 de marzo de 2013. Además, se está incumpliendo una de las finalidades de la LOI -garantizar la conciliación y avanzar hacia la corresponsabilidad- como camino para conseguir la igualdad laboral de las mujeres.

Sin embargo, esta ampliación ya viene regulada en el nuevo ET, que en su art. 48.7 establece que *“en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas”*. No obstante, la misma norma mediante su DT 7ª dispone que en tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida; la duración del permiso de paternidad del artículo 48.7 será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo o hija a partir de la segunda.

La causa que argumentan los distintos gobiernos desde el 2009 para no llevar a cabo la ampliación del permiso es la crisis económica, que hace que no haya presupuesto para asumir el coste de esta prestación, eso sí, con la promesa de que se llevará a cabo en cuanto la situación económica del país lo permita. Este reiterado aplazamiento por las políticas de austeridad de los diferentes gobiernos, constituye un lastre para la conciliación masculina, y para la efectiva igualdad entre mujeres y hombres. Por otra parte, *“la suspensión del incremento de su duración a cuatro semanas evidencia que la corresponsabilidad (y en general las políticas de igualdad) son consideradas una especie de lujo del que es necesario prescindir en época de crisis en lugar de una inversión para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social”*²²².

Asimismo, que la duración del permiso sea tan breve, -ocho veces menor que el de maternidad-, supone un retroceso en igualdad, y una discriminación hacia los hombres frente a las mujeres al no dar el mismo trato a madres y padres. Además de

²²² BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. *LAN HARREMANAK: Revista de Relaciones Laborales*. Universidad del País Vasco, núm. 25, 2012, pág. 75.

vulnerar el principio de igual acceso por parte de todas las personas trabajadoras a una prestación de la Seguridad Social que tiene carácter contributivo²²³.

Por otra parte, el estado español está incumpliendo la directiva 2010/18/UE, (que deroga la anterior Directiva 96/34/CE)²²⁴ por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, donde se concede un “derecho individual” de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo o hija, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales. El permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, *concederse con carácter intransferible*. Con el fin de fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, se prevé expresamente que “uno de los cuatro meses será intransferible”. Los Estados miembros de la UE, tenían de plazo para aplicar esta Directiva hasta el 3 de marzo de 2012 y en el caso de España sigue sin aplicarse.

II. LA LICENCIA POR PATERNIDAD

1. La suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo

El ET regula las causas y efectos de la suspensión contractual, por ello, en su artículo 45.1.d) regula esta nueva figura suspensiva al establecer que “*el contrato de trabajo podrá suspenderse por paternidad*”. La suspensión al igual que sucede en caso de maternidad conlleva una pérdida temporal de empleo y salario, como manifiesta el artículo 45.2 ET “*la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*”. Igualmente es con reserva del puesto de trabajo, así, al cese de la causa legal de suspensión (en este caso la paternidad), el trabajador tendrá derecho a

²²³ PPIINA (PLATAFORMA POR PERMISOS PARENTALES IGUALES E INTRANSFERIBLES DE NACIMIENTO Y ADOPCIÓN). Proposición de Ley de 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 o acogida. www.igualeseintransferibles.org (consultada el día 13-02-2013), pág. 2.

²²⁴ Directiva 2010/18/UE, del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L68/13, 18 de marzo de 2010).

la reincorporación al puesto de trabajo reservado²²⁵.

La LOI en su DA décimo primera, modificó el anterior ET, para incluir un nuevo artículo el 48 bis “suspensión del contrato de trabajo por paternidad” el cual disponía que en *“los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo”*.

Con la redacción del nuevo ET, se elimina el art. 48 bis y se integra la suspensión por paternidad en el art. 48.7 que recoge la ampliación del permiso hasta cuatro semanas, que no se hará efectiva según su DT séptima²²⁶ en tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida; Ley que no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2017, por tanto se sigue manteniendo su duración inicial de 13 días.

La suspensión por paternidad es independiente del disfrute compartido o cedido de los periodos de descanso por maternidad, tanto biológica como por adopción, siendo compatible con este, así a la finalización del permiso por maternidad el padre puede disfrutar a continuación el de paternidad. Se trata por tanto de dos períodos de suspensión diferentes.

Es un derecho originario del trabajador y de titularidad individual, que no está condicionado al desarrollo de la actividad profesional de la madre, a diferencia con la suspensión por maternidad donde ambos progenitores deben trabajar para que el padre opte a la suspensión por maternidad.

La titularidad de la suspensión difiere según el caso. En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor²²⁷, la norma hace referencia al

²²⁵ Art. 48.1. E.T.

²²⁶ DT séptima ET: *“En tanto no entre en vigor la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, la duración del permiso de paternidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 48.7 será de trece días ininterrumpidos ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo”*.

²²⁷ Art. 48.7 ET.

otro progenitor en lugar de “al padre”, pues pretende incluir en la regulación del permiso a las nuevas familias que surgen como consecuencia de las uniones entre personas del mismo sexo, concretamente a las formadas por dos mujeres, donde la esposa de la madre biológica será “el otro progenitor”. Tratándose de adopción o acogimiento, la titularidad es de ambos progenitores, pero el permiso solo podrá disfrutarlo uno de ellos a su mutua elección.

En lo que respecta a la modalidad del disfrute, la suspensión del contrato podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador (o trabajadora en algunos casos). Este deberá comunicar a la empresa con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos²²⁸. No se trata de que el trabajador tenga que pedir una autorización para el ejercicio del permiso, sino de un deber de comunicación para que la empresa conozca con antelación el disfrute del mismo para poder organizar debidamente su producción. Si surgen discrepancias entre el trabajador y la empresa al respecto se resolverán en la jurisdicción laboral, al ser aplicable al permiso de paternidad en su condición de derecho de conciliación lo dispuesto en la DA 17ª ET.

El disfrute en jornada parcial no supone un cambio de contrato, puesto el tiempo de servicios no prestado se considera como trabajado, en ese tiempo no hay falta de relación laboral, como ocurre en el contrato a tiempo parcial, sino un contrato de trabajo suspendido. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la maternidad, la jornada parcial ha de ser aquí de un mínimo del 50% de la jornada siendo este ininterrumpido; por consiguiente, la suspensión podría alargarse hasta 26 días naturales, en los que el padre simultaneara el trabajo con el permiso por paternidad. La exigencia de ininterrupción nos lleva a entender que son días naturales, incluyendo en el cómputo domingos y días festivos.

En este sentido, no se comprende cuál es la justificación de la norma para esta diferenciación con el disfrute de maternidad, donde no se establece límite mínimo alguno y siendo además el origen de ambos permisos la misma situación. Si la norma al

²²⁸ Art. 48.7 ET.

establecer el disfrute a tiempo parcial pretendía flexibilizar la conciliación de la vida familiar y laboral del padre, no se entiende porqué establecer un límite mínimo de un 50 % de reducción de jornada en el permiso por paternidad. La única explicación posible es que la norma buscaba que no se alargara en exceso la licencia.

Por otra parte, a semejanza de lo que sucede en la suspensión contractual por maternidad, los trabajadores y las trabajadoras se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato el supuesto de suspensión por paternidad²²⁹.

En cuanto al inicio del disfrute del permiso, en caso de nacimiento biológico, el artículo 48.7 del ET, dispone que el trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, y hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 del ET (por maternidad), o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Por tanto, en caso de paternidad biológica, el padre podrá empezar a disfrutar el permiso a continuación de la finalización del permiso por nacimiento de hijo o hija previsto en el art. 37.3 b) del ET o por lo fijado en Convenio Colectivo, generalmente de dos días de duración y concedidos como licencia por la empresa y hasta que finalice la suspensión por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Se concede un alto nivel de flexibilidad que permite al padre o a la otra progenitora disfrutar del permiso cuando más lo necesite o le interese. En el supuesto de que el padre este disfrutando el permiso por maternidad, este podrá ejercer el disfrute del permiso por paternidad a la finalización del de maternidad.

En el caso de paternidad por adopción o acogimiento el contrato de trabajo podrá suspenderse según el artículo 45.1 d) del 2015²³⁰, así el artículo 48.7 ET en su segundo

²²⁹ Art. 48.9 E.T.

²³⁰ Art. 45.1 d) ET: “Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de:

a) Menores de seis años

b) Menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”.

párrafo, distingue entre los supuestos de parto, en cuyo caso el disfrute del permiso es prácticamente masculino; y los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, en cuyo caso es indistinto, y el derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. No obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.5 (por maternidad) sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro. Es decir, el permiso puede ser disfrutado por la madre o por el padre, salvo, si ya ha disfrutado del permiso por maternidad. Es una suspensión que tiende al disfrute masculino, probablemente la madre adoptante o acogedora sea quien disfrute del permiso por maternidad y el padre adoptante o acogedor el de paternidad, manteniéndose así los roles establecidos.

La intención es buena, aunque quizás la LOI debió introducir una redacción que más claramente garantizase un disfrute mínimo de dos -o más- semanas, sean de licencia por maternidad o sean de permiso por paternidad, para cada progenitor, porque al aludir a “sea disfrutado en su totalidad” bastaría con que el hombre hubiese disfrutado un solo día de la licencia de maternidad por adopción o acogimiento para que la mujer pudiera disfrutar en su totalidad el permiso de paternidad por adopción o acogimiento, vulnerándose así la finalidad de corresponsabilizar al hombre²³¹. En este caso, la madre disfrutaría de prácticamente la totalidad del permiso por maternidad (menos la parte disfrutada por el padre, que puede ser sólo un día) y la totalidad del permiso por paternidad, asumiendo así ella exclusivamente la crianza.

En el supuesto de que el periodo de descanso por maternidad haya sido ejercido “íntegramente” por uno de los progenitores, el de paternidad sólo podrá ser ejercido por el otro. En este caso un progenitor no puede acumular los dos períodos de suspensión. Si la LOI pretendía la asunción paterna del cuidado, debería haber permitido que el padre por decisión de la pareja, pudiera disfrutar de la licencia por maternidad y por paternidad, en el caso de adopción o acogimiento, quizás la norma no contempla este supuesto ya que da por hecho que el permiso por maternidad siempre será asumido por la madre. Algo contradictorio ya que en el permiso por maternidad biológica la norma si

²³¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, cit., pág. 23.

permite que el padre pueda disfrutar de la suspensión/prestación por maternidad (hasta diez semanas) y a continuación el permiso por paternidad.

Por otra parte, en el caso de adopción o acogimiento por un solo progenitor, este tendrá derecho a una de las suspensiones perdiendo la otra, lógicamente optará a la suspensión por maternidad de mayor duración.

En cuanto a las parejas formadas por personas del mismo sexo (en el caso de mujeres exclusivamente), la suspensión se aplica en los mismos términos que a matrimonios y a parejas de hecho heterosexuales. Por lo tanto, en el supuesto de adopción y acogimiento, no se cumple la afirmación de la exposición de motivos de la LOI de que es “un derecho individual y exclusivo del padre”, ya que en este supuesto también lo es del otro progenitor, en este caso, progenitora.

En cuanto al inicio del disfrute, en los casos de adopción y acogimiento, la persona trabajadora que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión²³². Al igual que en el caso de paternidad biológica, se da flexibilidad para que el progenitor disfrute del descanso cuando le sea más conveniente.

Sin embargo, “no se reconoce, al igual que ocurre con el permiso por maternidad la facultad de adelantar la suspensión del contrato por paternidad en el caso de una adopción internacional con el consiguiente desplazamiento al país del adoptado antes de producirse la adopción efectiva”²³³. Probablemente porque al tener una duración de tan solo 13 días, estos son insuficientes para el desplazamiento y la estancia en el país de origen de la persona menor, además agotaría la licencia y no le quedarían días para estar con el niño o la niña cuando se hiciera efectiva la adopción y comenzara la convivencia.

²³² Art. 48.7 ET.

²³³ DE EGEA GUILLÉN, A.: “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 26, 2008, pág. 566.

Por otra parte, en contraste con la duración en caso de paternidad biológica, donde el padre disfruta del permiso por nacimiento de hijo o hija, de 2 días o, si necesario desplazamiento, de 4 días -artículo 37.3.a) ET-, que sumado al permiso por paternidad disfrutará de una licencia de duración de quince días -o diecisiete si es necesario desplazamiento-; el padre adoptante o acogedor tendrá una licencia siempre de trece días, a no ser que se contemple por convenio colectivo el disfrute del permiso por nacimiento también en caso de adopción o acogimiento.

2. La ampliación de la suspensión por paternidad

En lo referente a la ampliación de la suspensión del permiso por paternidad hay que hacer cuatro precisiones:

La primera: El permiso por paternidad se amplía en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo o hija a partir de la segunda²³⁴.

La segunda: La DA Sexta de la Ley 2/2008²³⁵ amplía la suspensión del contrato de trabajo por paternidad en “familias numerosas” recogidas en la Disposición transitoria séptima del ET “*Duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento hasta la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre*” y tendrá una duración de 20 días a partir del 1 de enero de 2009 cuando:

- a) El nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa.
- b) cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.
- c) o cuando en la familia haya una persona con discapacidad.

Esta ampliación viene a dar cumplimiento a lo previsto en la disposición transitoria novena de la LOI, que establecía que “El Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad”.

²³⁴ Art. 48.7 ET.

²³⁵ Disposición Adicional Sexta. Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. (BOE, núm. 309, 24 de diciembre de 2008).

La tercera: La duración también se ampliará en 20 días naturales ininterrumpidos, cuando “*el menor nacido, adoptado o acogido tenga una discapacidad*”.

La cuarta: Nada impide que la negociación colectiva amplíe este permiso, así los Convenios Colectivos y los Planes de Igualdad pueden aumentar y de hecho algunos lo hacen, este permiso. Dicha ampliación se analiza con detalle en el capítulo III.

La quinta: Parece que la crisis económica genera que no haya presupuesto para la ampliación de la licencia paterna. No obstante, según el informe económico-financiero para el año 2014 de la SS, las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, y el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave recibieron una asignación de 2.177.910 miles de euros, con una minoración de 131.941 miles de euros con respecto al 2013, que responde al descenso del número de procesos. Esta minoración viene motivada por la crisis económica y del empleo, y el efecto de la disminución progresiva de mujeres en edad fértil, que sólo en parte es compensada por la mayor tasa de natalidad de las trabajadoras emigrantes²³⁶.

Si a consecuencia del descenso de natalidad, se ha minorado el gasto de la Seguridad Social para las prestaciones relacionadas con la maternidad y paternidad, este ahorro si bien no alcanza para ampliar el permiso por paternidad hasta cuatro semanas; si se podría haber destinado para su ampliación “en caso de nacimiento biológico por parto prematuro con falta de peso y cuando el neonato precise hospitalización a continuación del parto”, ampliación que si se contempla en el permiso por maternidad²³⁷.

²³⁶ SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. “Presupuestos 2014 cifras y datos”. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/178607.pdf>. Consultado el día 14-01-2016. Págs. 83-84. El desglose de esta prestación es el siguiente: subsidio por maternidad (1.656.880 miles de euros), subsidio por riesgo durante el embarazo (287.680 miles de euros), subsidio por paternidad (206.240 miles de euros), subsidio por riesgo durante la lactancia natural (7.030 miles de euros) y subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (20.080 miles de euros).

²³⁷ Hay que recordar que en el permiso por maternidad en estos casos el periodo de suspensión “*se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales*” (art. 48.4 ET), sin embargo esta ampliación no se contempla para el permiso por paternidad.

Esta ampliación a cuatro semanas, no supondría un coste elevado a las arcas del Estado²³⁸, pues los nacimientos prematuros no son un número importante del total de nacimientos en España, representan un 1%. Además, es muy importante como medida de conciliación, pues según la vicepresidenta de APREM (Asociación de Padres de Niños Prematuros), Concepción Gómez Esteban, las niñas y niños prematuros son los que presentan más dificultades dentro de los neonatos. Por estas dificultades no pueden ir a la guardería durante los dos primeros años de vida, necesitan cuidado médico prolongado, tienen muchas visitas médicas y en la mayoría de las ocasiones no existen o no hay plazas en centros públicos especializados en su atención²³⁹, por tanto que los progenitores tengan unos permisos laborales más largos se hace algo prioritario para la atención especial que necesitan estos bebés.

3. El permiso por paternidad en el empleo público

Hay que destacar que el permiso por paternidad de la LOI no es nuevo para los empleados públicos, puesto que el Plan Concilia de la Administración General del Estado contemplaba ya esta medida.

El permiso por paternidad en el empleo público viene regulado en el artículo 49 c) del anterior EBEP, donde establecía que el permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo o hija tendrá una duración de quince días. No obstante en el nuevo EBEP, el art. 49 c) establece que el *“Permiso de paternidad por el nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo: tendrá una duración de cuatro semanas, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción”*. Así al igual que hace el ET contempla la ampliación del permiso hasta cuatro semanas aunque esta no se haga efectiva conforme a lo dispuesto en su DT sexta,

²³⁸ Esta ampliación fue propuesta en 2014 por la diputada Lourdes Ciuró y fue rechazada por el Congreso de los Diputados. Véase art. VIDALES, R.: “La ampliación del permiso de paternidad se aplaza por cuarto año”. *El país*. 27 de noviembre de 2014. http://politica.elpais.com/politica/2014/11/26/actualidad/1417026910_752556.html. Consultado el día 4-5-2016.

²³⁹ LA NUEVA ESPAÑA: “Los nacimientos de bebés prematuros aumentan en España”. 20-11-2014. www.ine.es. <http://www.ine.es/vida-y-estilo/salud/2014/11/20/nacimientos-prematuros-tardios-aumentan-espana/1674424.html>. Consultado el día 14-01.2016.

que dispone que *“sin perjuicio de lo indicado en el artículo 49, letra c), la duración del permiso de paternidad para el personal funcionario seguirá siendo de quince días hasta que no se produzca la entrada en vigor del artículo 2 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre”*.

Este permiso paterno es independiente del disfrute compartido de los permisos por parto y permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente.

El tiempo transcurrido durante el disfrute del permiso de paternidad se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos del funcionario y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso²⁴⁰.

Los funcionarios (o funcionarias) que hayan hecho uso del permiso por paternidad tendrán derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia²⁴¹.

El estudio del artículo 49.c) del EBEP, nos conduce a detectar algunas diferencias con el permiso por paternidad regulado, para el régimen laboral, en el artículo 48.7 del ET:

- a) La duración aparentemente se amplía de 13 a 15 días para los progenitores funcionarios. Pero teniendo en cuenta que al personal laboral a sus trece días de permiso se suman los dos días por nacimiento que les otorga como norma general el artículo 37.3.b) del ET, estamos ante un permiso de igual duración, aunque sin contemplarse los días en caso de necesidad de desplazamiento, en cuyo supuesto el permiso para los padres de la empresa privada sería de mayor duración.

²⁴⁰ Art. 49 c) EBEP.

²⁴¹ Art. 49 c) EBEP.

- b) No se contempla una duración adicional para nacimientos, adopciones y acogimientos múltiples, como establece el ET para el personal laboral (dos días más por cada hija o hijo a partir del segundo).
- c) Las posibilidades de disfrute se reducen –en contraste con las posibilidades de organización del progenitor del artículo 48.7 del ET- pues se condiciona a su disfrute ininterrumpido a computar desde el hecho causante del permiso.
- d) La cobertura del subsidio de paternidad abarca toda la duración del permiso (15 días), mientras que para los trabajadores de la empresa privada abarca solo 13 días – los otros dos días o, en su caso, cuatro días, son a cargo de la empresa, en aplicación del artículo 37.3.b) del ET-²⁴².
- e) No se contempla la posibilidad del disfrute a tiempo parcial, como sucede para el personal laboral.

III. EL SUBSIDIO POR PATERNIDAD

La LOI incorporó a nuestro Ordenamiento Jurídico una nueva protección social, “el subsidio por paternidad”, con el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar. Así La suspensión contractual (en el caso de personas que trabajan por cuenta ajena) y el permiso (en el caso del funcionariado), se complementan con la protección que otorga el sistema de Seguridad Social en estos permisos o licencias durante la relación laboral. Para esa complementariedad dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, se encuentra la prestación económica en la situación de paternidad²⁴³.

Es la prestación más innovadora y relevante (junto con el subsidio contributivo por maternidad) que ha introducido la LOI con el objetivo de fijar una renta que sustituya al salario dejado de percibir mientras se está en situación de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, o las rentas dejadas de percibir durante el cese de la actividad en caso de personas trabajadoras por cuenta propia²⁴⁴. Su desarrollo

²⁴² LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., págs. 82-83.

²⁴³ Su regulación se encuentra en la sección primera del Capítulo IV Ter de la anterior LGSS, que comprende los artículos 133 octies a 133 decies, y en el Capítulo VII que comprende los artículos 183 a 185 de la nueva LGSS.

²⁴⁴ Sobre esta materia, puede verse, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El RETA ante la reforma de la maternidad y el nuevo subsidio de paternidad (Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo)”. *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos* (VVAA). Ediciones Laborum, Murcia, 2007, págs. 197-205.

reglamentario está establecido en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El ámbito de aplicación de la prestación por paternidad, viene regulado en el artículo primero del Real Decreto, donde dispone que será de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social, y de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general reguladora del Régimen correspondiente.

1. Situaciones protegidas

Las situaciones protegidas aparecen reguladas por el artículo 22 del RD 295/2009, que en su apartado primero determina que *“A efectos de la prestación por paternidad, se consideran situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.bis del Estatuto de los Trabajadores y durante el permiso por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refiere el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre”*²⁴⁵.

Por tanto, se consideran situaciones protegidas, durante los períodos de descanso y permisos que se disfruten por tales situaciones a efectos de la prestación por paternidad:

²⁴⁵ Hay que tener en cuenta que en la actualidad, las referencias que aparecen en esta norma al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo deben entenderse realizadas al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Asimismo, las referencias a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, deben entenderse sustituidas por el 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.

- a) El nacimiento de hijo o hija
- b) La adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, (ahora guarda con fines de adopción o acogimiento) siempre que en caso de acogimiento su duración no sea inferior a un año y aunque dichos acogimientos sean provisionales de:

-Menores de 6 años

-Mayores de 6 años, pero menores de 18 con discapacidad o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. A estos efectos, se entiende que presentan alguna discapacidad, cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33%²⁴⁶.

No se tendrá en cuenta la edad de la persona menor, cuando se trate de personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP²⁴⁷.

- c) Los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público²⁴⁸.
- d) La constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor²⁴⁹.
- e) Se considerarán jurídicamente equiparables, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cualquiera que sea su denominación. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente²⁵⁰.

En el supuesto de trabajadores por cuenta propia se consideran situaciones protegidas las referidas en los apartados anteriores, durante un periodo de 13 días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el periodo que corresponda en

²⁴⁶ Art. 22.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁴⁷ Art. 49 EBEP.

²⁴⁸ Art. 22.1. RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁴⁹ Art. 22.1. RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵⁰ Art. 22.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

virtud de la ampliación del permiso en determinados supuestos, y la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial²⁵¹.

2. Beneficiarios

Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, “cualquiera que sea su sexo”, que disfruten del periodo de suspensión o del permiso, por nacimiento de hijo o hija, adopción y acogimiento, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social
- b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de:
 - 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o permiso, o, alternativamente,
 - 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha²⁵².

Al ser el subsidio por paternidad una prestación contributiva, está sujeto a un periodo de carencia; por tanto, para acceder a éste el padre tendrá que haber cotizado un periodo mínimo, circunstancia que en el caso de la prestación por maternidad está sujeta a la edad de la madre.

Al analizar los períodos mínimos de cotización de ambas prestaciones (maternidad y paternidad), se detectan grandes diferencias con respecto a la maternidad biológica que perjudican el acceso del padre o la otra progenitora al permiso por paternidad como son:

- a. A la madre trabajadora no se le exigen periodos mínimos de cotización cuando tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto²⁵³. Sin embargo, al padre biológico si se le exige, esto conlleva que los padres más jóvenes probablemente no puedan acceder a la prestación ya que por su corta edad llevaran poco tiempo trabajando y por tanto pocos días cotizados.

²⁵¹ Art. 22.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵² Art. 23.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵³ Art. 5.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

- b. Si la madre tiene cumplidos 21 años de edad y es menor de 26 en la fecha del parto, el periodo exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores, o alternativamente acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral²⁵⁴, por contra, al padre menor de 26 años se le exige el doble del período.
- c. Si la madre tiene cumplidos 26 años de edad, el periodo exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores o que acredite 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral²⁵⁵. Únicamente en este supuesto el periodo de carencia es igual para ambos progenitores.

Además, no existe un subsidio no contributivo por paternidad para dar cobertura a los padres que no tengan cotización suficiente para acceder a la prestación contributiva.

Aunque la justificación tanto del subsidio de maternidad no contributivo, como del periodo de carencia en la prestación de maternidad contributiva, es la protección materna tras el parto; igualar el acceso a la prestación al padre en estos casos, podría servir para fomentar la corresponsabilidad en los padres más jóvenes. En este sentido, el principio de igualdad formulado en el art. 14 CE, que relacionado con el art. 41 CE *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...”*, refleja cómo debe afectar ese principio fundamental en la Seguridad Social aunque en el art. 14 no figure de forma expresa la igualdad en materia de Seguridad Social²⁵⁶.

Por otra parte, la titularidad del derecho en el supuesto de parto es del otro progenitor, por tanto, el subsidio corresponderá en exclusiva al él, sí que este reúne los requisitos establecidos y disfruta el periodo de suspensión o permiso correspondiente. En el supuesto de adopción o acogimiento, el derecho al subsidio corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. No obstante, cuando el periodo de suspensión o permiso por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores y, en consecuencia, perciba íntegramente la correspondiente prestación, el

²⁵⁴ Art. 5.2 a) RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵⁵ Art. 5.2 b) RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004, pág.161.

subsidio por paternidad se reconocerá en favor del otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos²⁵⁷.

En caso de disfrute compartido de los periodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que la persona beneficiaria cumpla todos los requisitos exigidos para el cobro de ambas prestaciones²⁵⁸.

Se incluye como beneficiario de la prestación al otro progenitor, en un supuesto peculiar; cuando la madre resida en un país extranjero y el nacimiento del hijo o hija se haya producido fuera de España. El otro progenitor podrá percibir el subsidio por paternidad, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del periodo de descanso²⁵⁹. Sin embargo, no se le pide como requisito al padre o a la otra progenitora, que el permiso y la correspondiente prestación la use para desplazarse hasta el país donde se ha producido el nacimiento, aunque suponemos que la norma no lo especifica porque lo da por supuesto.

3. La prestación económica por paternidad

La prestación económica por paternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. Igual que sucede con la prestación por maternidad, la de paternidad también tiene un techo dependiendo de la base de cotización máxima, que para el año 2016 es de 3.642,00 euros mensuales o de 121,40 euros diarios en los grupos profesionales que se cotice por días²⁶⁰.

²⁵⁷ Art. 23.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵⁸ Art. 23.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁵⁹ Art. 23.8. RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁶⁰ Art. 115 Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

4. Nacimiento, duración y extinción del derecho

Se tendrá derecho al subsidio por paternidad desde el mismo día en que dé comienzo el periodo de suspensión o permiso correspondiente, de acuerdo con el art. 48 bis ET y 49 c) del EBEP²⁶¹.

La duración del subsidio por paternidad será equivalente a la del periodo de descanso y viene establecida por el art. 26.2 del RD 295/2009 en los siguientes términos:

- a) Trece días naturales ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hija o hijo a partir del segundo, para las personas trabajadoras a quienes es de aplicación lo previsto en el ET.
- b) Quince días naturales ininterrumpidos, durante el permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de uno o más hijos o hijas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.c) del EBEP, para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social a quienes sea de aplicación dicho Estatuto.
- c) Veinte días naturales ininterrumpidos, cualquiera que sea la legislación aplicable en los siguientes casos:
 - El nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa²⁶².
 - Cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento.
 - Cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 por ciento.

Esta duración se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hija o hijo a partir del segundo. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más de las

²⁶¹ Art. 26.1. RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁶² Art. 26. 2 RD 295/2009, de 6 de marzo “a efectos de la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas”.

circunstancias señaladas. Se consideran miembros de la familia a los dos progenitores y a los/las hijos/as de ambos, comunes y no comunes, que convivan con aquéllos.

-Cuando la persona nacida, adoptada o menor acogida tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento.

La duración de la prestación coincide con la duración de la suspensión del contrato de trabajo regulada en el ET, de esta manera, aunque por convenio colectivo o contrato de trabajo se amplíe la duración, la prestación sólo se percibe de acuerdo con el régimen legal²⁶³ (en este caso el RD 295/2009). Aunque nada impide que en la negociación colectiva se mejore la duración del permiso por paternidad, en ese caso, no se generará en cuanto a los días adicionales el derecho al subsidio de paternidad, debiendo ser el coste de esos días adicionales a cargo de la empresa que asumirá su retribución.

4.1. Inicio del disfrute

La norma ofrece una amplia libertad de elección permitiendo al progenitor utilizarlo cuando considere sea más conveniente.

En cuanto al momento del inicio del disfrute hay que distinguir en función del ámbito de aplicación en el que esté incluido el trabajador, o en su caso trabajadora (art. 26.3 RD 295/2009):

- a) Los trabajadores por cuenta ajena, incluidos en el ámbito de aplicación del ET, podrán percibir el subsidio por paternidad durante el periodo comprendido desde:
- La finalización del permiso por nacimiento, previsto legal o convencionalmente.
 - O desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción.
 - O a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.
- Y hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad (por parto, adopción o acogimiento) o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, y siempre que, en todos los casos, se produzca el disfrute efectivo del periodo de descanso correspondiente.

²⁶³ GARCIA VIÑA, J.: “La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 74, 2008, pág. 218.

b) Los trabajadores por cuenta propia podrán percibir el subsidio durante el periodo comprendido desde:

-El nacimiento del hijo o hija.

-La resolución judicial por la que se constituye la adopción.

-La decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Y hasta que finalice el periodo correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho periodo.

c) Las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, percibirán el subsidio a partir de:

-La fecha del nacimiento.

-De la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

-De la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Salvo que la legislación aplicable prevea el momento del disfrute del permiso en otros términos. Excepcionalmente, en los supuestos de hijas o hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados, podrán iniciar el percibo del subsidio a partir del alta hospitalaria del hijo o hija.

d) En las situaciones de pluriempleo o pluriactividad, los subsidios por paternidad podrán iniciarse en cualquier momento de los indicados en los apartados anteriores, por lo que podrán percibirse de manera simultánea, sucesiva o separados en el tiempo.

Por otra parte, hay que distinguir igualmente, en función de la situación laboral de la madre en caso de nacimiento biológico así:

a) En el caso de parto, si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor percibirá el subsidio por paternidad inmediatamente después del permiso retribuido, legal o convencional, a que tuviera

derecho y, a continuación, percibirá el subsidio por maternidad²⁶⁴. En este supuesto el padre o la otra progenitora debe agotar el permiso por paternidad y a continuación podrá disfrutar el de maternidad.

- b) En caso de parto, si la madre no trabaja y no tiene derecho al descanso por maternidad, se presumirá que este ha existido a los efectos del permiso por paternidad, que podrá iniciarse de la misma manera que si la madre hubiera sido trabajadora con derecho al disfrute del descanso²⁶⁵. Por tanto, el padre o la otra progenitora podrá disfrutar el permiso en cualquiera de los tres momentos, después del permiso por nacimiento, en cualquier momento a lo largo de las 16 semanas que le hubieran correspondido a la madre si hubiera sido trabajadora o inmediatamente después de finalizado este periodo.

Por otra parte, el artículo 26.5 RD 295/2009, contempla que *“en todos los casos en que proceden ampliaciones de los periodos de descanso o permisos por maternidad, por discapacidad de los hijos o menores acogidos, por partos, adopciones o acogimientos múltiples, o cuando los neonatos deban permanecer hospitalizados o, finalmente, en el caso del subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva, el subsidio por paternidad podrá iniciarse al término de dichos periodos adicionales o con anterioridad a su finalización”*. Esta amplitud de elección temporal permite la adaptación del permiso de paternidad con los derechos de los progenitores de neonatos prematuros u hospitalizados, ya que, suspendan o amplíen la licencia de maternidad –de acuerdo con el artículo 48.4 IV y V del ET- y, mientras la licencia de maternidad no haya finalizado, el permiso de paternidad puede ser utilizado²⁶⁶.

Asimismo, cuando se perciba el subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, el subsidio por paternidad se podrá percibir, bien durante la percepción del subsidio por maternidad en su totalidad, (en cualquier momento mientras dure la prestación por maternidad) o bien inmediatamente después de su extinción²⁶⁷.

²⁶⁴ Art. 26.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁶⁵ Art. 26.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, cit., pág. 24.

²⁶⁷ Art. 26.6 RD 295/2009.

En caso de fallecimiento del hijo o hija no podrá reconocerse el subsidio por paternidad si fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque se produzca el fallecimiento²⁶⁸. El Real Decreto constituye este supuesto en unos términos diferentes a la regulación contemplada para el permiso por maternidad, distinguiendo dos situaciones, que hacen que sea claramente discriminatorio para el padre:

- 1) No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o hija o la persona menor acogida fallecen antes de la suspensión o permiso. Hay que tener en cuenta que en el caso de parto, se disfruta primero el permiso por nacimiento del art. 37.3.b) del ET, por tanto, si el neonato nace muerto o muere durante la duración del permiso por nacimiento, el padre no podrá acceder al permiso por paternidad.
- 2) No se reconoce el subsidio si el fallecimiento del hijo o hija sucede entre el periodo de tiempo comprendido entre el permiso por nacimiento y antes de iniciar el disfrute del permiso de paternidad. Hay que tener en cuenta que el de paternidad se puede iniciar en cualquier momento desde la finalización del permiso por nacimiento y hasta que finalice el de maternidad o incluso a continuación de este, es decir, que si el padre tenía previsto disfrutarlo por ejemplo, al finalizar el permiso de la madre por maternidad y durante ese periodo fallece la criatura, el padre pierde el derecho.

No se comprende que en tal difícil situación como es la pérdida de un hijo o hija se impida al padre acceder a este permiso, que por otra parte, si se le concede a la madre²⁶⁹. El padre solamente podrá disfrutarlo *“una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o hija o persona menor acogida”*. Conviene matizar que, aunque se dice *“una vez reconocido”*, ello no resulta muy razonable al hacer depender el efecto jurídico de la mayor o menor celeridad administrativa en el reconocimiento del subsidio. Debemos entender que se ha querido decir *“una vez se hubiera iniciado el disfrute del descanso”*²⁷⁰.

²⁶⁸ Art. 26.7 RD 295/2009.

²⁶⁹ Art. 48.4 ET. *“en el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo”*.

²⁷⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *“El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos”*. Cit., pág. 55.

De otra parte, el ET sólo exige para acceder a la suspensión por paternidad el nacimiento del hijo o hija²⁷¹, no siendo requisito imprescindible que el neonato nazca vivo, ni contempla que se pierda el derecho si fallece con posterioridad, ni en el caso de muerte del feto con más de 180 días; el único requisito es que se produzca el parto y este ocurre al finalizar el tiempo de gestación. En consecuencia, si la suspensión y la prestación económica van emparejadas, se debería equiparar el subsidio a lo establecido en el caso de la prestación por maternidad, donde la prestación no se verá reducida, *“aun 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”*²⁷².

Tampoco debe olvidarse que el permiso por paternidad tiene, entre otras funciones, contribuir a la corresponsabilidad familiar de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, por lo que no ha de centrarse única y exclusivamente en el cuidado de la criatura, sino más bien establecer una doble tarea entre la atención a la hija o hijo recién nacido y la atención a la mujer recién parida o en su caso a la mujer que viendo interrumpida la gestación debe restablecerse de los efectos físicos y psicológicos (fundamentalmente en el caso de que el proceso generativo no llegue a término) del proceso de gestación²⁷³.

4.2. Extinción del subsidio

El subsidio por paternidad se extinguirá por el transcurso del plazo de duración establecido, por reincorporación voluntaria al trabajo o actividad, por causar el beneficiario pensión de jubilación o de incapacidad permanente, o por fallecimiento del beneficiario²⁷⁴.

²⁷¹ Art. 48.7 ET.

²⁷² Art. 8.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁷³ DE EGEA GUILLÉN, A.: “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, cit. pág. 570.

²⁷⁴ Art. 26.8 RD 295/2009, de 6 de marzo.

IV. EL DERECHO MATERNO EN EL PERMISO POR MATERNIDAD

1. La titularidad masculina en caso de parto

El permiso por paternidad se trata de un derecho individual y exclusivo para el padre en el supuesto de paternidad biológica. La titularidad del derecho es paterna y el período de suspensión no se puede transferir a la madre, ni esta puede optar al disfrute de una parte del mismo, a diferencia de lo que ocurre con el permiso por maternidad biológica, donde el padre puede disfrutar de una parte del permiso si la madre se lo cede. Por otra parte, el permiso por paternidad es “voluntario”, por tanto si el padre decide no hacer uso del mismo este se pierde, y paradójicamente al no ser un derecho transferible estos días no pueden ser aprovechados por la madre que no tiene derecho al permiso.

Asimismo, *“en los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad”*²⁷⁵. Este caso varía en función del sexo del progenitor, adoptante o acogedor, así n el caso de familia monoparental constituida por la madre biológica, al ser un derecho “exclusivo” del padre se la deja fuera del disfrute del permiso por paternidad, algo incoherente teniendo en cuenta que en esta circunstancia la madre asume sola la crianza, y sin embargo, no tiene derecho a un permiso que es para un padre que está ausente del cuidado. Esta ausencia paterna en caso de familias monoparentales femeninas se puede dar por varios motivos:

- a) Por ser madre soltera por inseminación artificial donde la filiación paterna no existe, al ser el padre biológico un donante anónimo.
- b) Por separación/divorcio donde la madre tiene la custodia del hijo o de la hija.
- c) Por ser madre soltera cuando el padre no reconoce la filiación del hijo o de la hija, o la paternidad no este legalmente determinada.
- d) Por ausencia de matrimonio o unión de hecho con el padre biológico, y la persona menor conviva exclusivamente con la madre biológica.
- e) Por fallecimiento del padre.

²⁷⁵ Art. 23.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

En los casos b y d, donde no se da la convivencia con el hijo o hija, (solamente en el periodo de régimen de visitas que al padre le corresponda). En estos supuestos el padre cumple con sus obligaciones de cuidado por un tiempo muy reducido. Aunque también se puede dar el caso, que el padre no cumpla con el régimen de visitas y no asuma sus responsabilidades en la crianza, siendo la madre quien las asumirá en exclusiva. En estas circunstancias se está impidiendo a la madre el disfrute del subsidio por paternidad, pero no se le niega al padre, que aunque esté ausente del cuidado no tiene ningún impedimento para disfrutarlo. En estos casos, al igual que se contempla en el permiso por maternidad donde la madre puede revocar la cesión del permiso por maternidad al padre por estos motivos (la ausencia del padre, por abandono de la familia o por separación)²⁷⁶; también se deberían contemplar en el permiso por paternidad, y en estos supuestos, en los que el padre no cumple con su responsabilidad, que sea la madre quien tenga derecho al permiso, más teniendo en cuenta que esta asume en solitario la maternidad.

Asimismo el artículo 9 del Real Decreto añade otros supuestos de revocación del disfrute paterno del permiso por maternidad, como en caso de enfermedad o accidente del otro progenitor, violencia de género y otras causas análogas. Si trasladamos estos supuestos al permiso por paternidad, en el primer caso, enfermedad o accidente del padre, no se plantea ningún problema ya que a la finalización de la baja por IT el padre podrá disfrutar del permiso por paternidad y asumir sus responsabilidades en la crianza. El problema se plantea en el caso de violencia de género, donde no se contempla negarle al padre el permiso por paternidad aunque este maltrate a la madre o haya cumplido condena por hacerlo, el Real Decreto considera que puede ser un buen padre aunque sea un maltratador y le concede el permiso para atender los cuidados del hijo o hija. Por otra parte, dentro del término “causas análogas”, podríamos incluir que el padre este en coma, o padezca una enfermedad muy grave que requiera de un internamiento hospitalario por un tiempo muy largo, en estos casos el padre no podrá hacer efectivo su derecho al permiso, pero tampoco la madre lo tendrá.

Tampoco en los casos de monoparentalidad materna por adopción o acogimiento, la madre podrá optar al permiso por paternidad, ya que no puede acumular el permiso

²⁷⁶ Art. 9 RD 295/2009, de 6 de marzo.

por maternidad y por paternidad. Al respecto el RD 295/2009, en su artículo 23.3 establece que, “*en los casos en que solamente exista una persona progenitora, adoptante o acogedora, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad*”. Y, para cerrar toda vía de escape, en su artículo 26.8 se establece la extinción del subsidio por paternidad “*por fallecimiento de la persona beneficiaria*” sin contemplar la transferencia del tiempo no disfrutado a la otra persona progenitora²⁷⁷.

2. La titularidad del otro progenitor en caso de parto

La titularidad en caso de paternidad biológica únicamente será femenina en el caso de parejas formadas por dos mujeres, al establecer la norma que “*en el supuesto de parto la titularidad le corresponde en exclusiva al otro progenitor*”, por lo tanto, en caso de parto, la madre biológica disfrutará del permiso por maternidad y la otra progenitora el permiso por paternidad.

A pesar de sus indudables buenas intenciones, la LOI no resuelve los problemas reales de las familias no estereotípicas –monoparentales y homosexuales–²⁷⁸, ya que para que la otra progenitora tenga derecho al permiso por paternidad, en el supuesto de nacimiento, tendrá que ser obligatoriamente a través del matrimonio con la madre biológica. En este caso caben dos opciones:

- 1) Que el padre biológico renuncie a la filiación y la cónyuge de la madre biológica adopte al niño o la niña y a través de la adopción genere el permiso por paternidad por adopción.
- 2) Que la madre biológica lo sea por inseminación artificial, donde por aplicación del art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida²⁷⁹; cuando la madre estuviere casada con otra mujer, esta última podrá manifestar que se determine a su favor la filiación respecto de la persona nacida. En este supuesto la otra progenitora puede optar al permiso por paternidad biológica.

²⁷⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos”. Cit. pág. 54.

²⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos”. Cit., pág. 54.

²⁷⁹ Art. 7.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”.

Quedarían por tanto fuera de este supuesto las parejas de hecho, y las que meramente conviven sin constituirse en parejas de hecho, en estos casos la pareja de la madre biológica no podrá acceder al permiso por paternidad, aunque participe en la crianza.

3. En caso de fallecimiento del padre

El fallecimiento del padre es una de las causas de extinción del permiso por paternidad²⁸⁰, y en el supuesto de parto, en el cual el padre es el exclusivo beneficiario, en caso de fallecimiento de este, el permiso se extingue y se pierde al no tener derecho al él la madre. Por tanto, la madre disfrutará únicamente de su licencia por maternidad, ya que no hay posibilidad de transferencia del permiso por paternidad. Esta situación provoca que la madre ante una situación tan difícil como la pérdida de su pareja, tenga que asumir en solitario la crianza, sin que por ello tenga derecho a una licencia más larga. Igualmente va en perjuicio del hijo o hija que, en unas circunstancias tan complicadas como el fallecimiento de un progenitor, se encuentra, en cómputo total, con menos tiempo destinado a su cuidado.

Esta situación es totalmente injusta, ya que en el caso contrario, si quien fallece es la madre, el padre tiene derecho a la licencia por maternidad con independencia de que la madre realizara o no algún trabajo, y podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión disfrutado por esta, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto²⁸¹. Igualmente el padre tiene derecho al permiso por paternidad pudiendo disfrutar ambos permisos.

La legislación estatal no ha contemplado los supuestos en los que la madre tiene que asumir sola la crianza, quizás debería tomar ejemplo de la Comunidad Autónoma de Cataluña que había regulado antes de la entrada en vigor de la LOI, aunque solamente para el colectivo de funcionarios dependientes de esta Administración, un permiso de paternidad de 4 semanas, cuyo disfrute debía tener lugar al finalizar el permiso de maternidad, con la doble finalidad de que el neonato esté el mayor tiempo posible en el

²⁸⁰ Art. 26.8 RD 295/2009, de 6 de marzo.

²⁸¹ Art. 48.4 ET.

ámbito familiar y que exista una mayor implicación de los dos progenitores en el cuidado de este. Otra peculiaridad que introduce esta disposición es la facultad que tiene la madre de acumular este permiso cuando el otro progenitor no tenga la custodia de la persona recién nacida o cuando se produzca la muerte del beneficiario del permiso por paternidad, circunstancia esta que ha obviado la LOI al reformar el ET y la LGSS²⁸².

4. En caso de que el padre no tenga derecho a la licencia

Ni el ET, ni el Real Decreto, contemplan el supuesto de que el padre no tenga derecho a suspender su actividad cuando trabaja por cuenta propia y por razón de su actividad profesional este incorporado a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional; y no tenga derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por paternidad en la correspondiente mutualidad. O cuando no tuviese derecho a prestaciones por no estar incluido en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa. Por el contrario, en la licencia por maternidad, y únicamente en el caso de parto, cuando la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por maternidad por las mismas circunstancias, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad, compatible con el subsidio por paternidad, si reúne los requisitos exigidos para acceder a ambos subsidios y disfruta de los correspondientes periodos de descanso²⁸³.

Nuestra legislación laboral concede el derecho al padre a la licencia por maternidad en estos casos para no dejar desprotegida a la criatura, ante la imposibilidad de cuidarle la madre por no tener derecho a prestación durante la licencia. Sin embargo, priva a la madre de este derecho en caso de ser el padre el que no tenga derecho a prestación, probablemente porque no considera necesario dar este derecho a la madre, que puede ocuparse de la crianza por estar ella disfrutando de su permiso por maternidad.

Tampoco la legislación laboral contempla cuando el padre no puede acceder a la prestación por paternidad por falta de cotización, por contra en el permiso por

²⁸² DE EGEA GUILLÉN, A.: “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”. Cit., págs. 559-560.

²⁸³ Art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

maternidad en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido y se le reconoce el subsidio de naturaleza no contributiva, el otro progenitor, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio de naturaleza contributiva, durante el periodo de descanso que corresponda, descontando la duración del subsidio de naturaleza no contributiva y siempre que aquél acredite los requisitos exigidos. Dicho subsidio será compatible con el de paternidad²⁸⁴.

En este supuesto, hay que analizar dos circunstancias:

La primera, que la LOI no contempló una prestación por paternidad no contributiva para aquellos padres que han tenido una vida laboral muy corta y por tanto no tienen cotización suficiente para cubrir el período mínimo de cotización exigido para acceder a la prestación por paternidad. Esto tiene su justificación ya que la LOI creó la prestación por maternidad no contributiva, para cubrir únicamente la maternidad por parto para que las madres biológicas no quedaran desprotegidas, ante la obligación legal de descansar durante seis semanas y que durante este descanso no percibieran prestación económica alguna. Sin embargo, si una de las finalidades de la LOI era la corresponsabilidad paterna en la crianza, habría sido un acierto la creación del subsidio por paternidad no contributivo, aunque este fuera de menor duración, para incluir e implicar a los padres más jóvenes que probablemente sean los que no puedan acceder al permiso por tener una vida laboral más corta y con menor cotización. O al menos equiparar los requisitos mínimos de cotización entre ambos permisos.

La segunda, aunque la madre cumpla con los requisitos de cotización exigidos no podrá acceder a la prestación por paternidad, a la que tampoco tiene derecho el padre por no tener cotización suficiente. Sin embargo, en la prestación por maternidad, en caso de parto, ante la misma circunstancia el padre si la madre “acepta”, podrá percibir la prestación por maternidad contributiva, todo ello con la finalidad de no dejar desatendido a la criatura recién nacida. Posiblemente, en el caso de la licencia paterna este supuesto no se contempla porque se da por hecho que la criatura está atendida por la madre que estará disfrutando la licencia por maternidad.

²⁸⁴ Art. 3.5 RD 295/2009, de 6 de marzo.

V. EL DISFRUTE DEL PERMISO EN LA PRÁCTICA

El carácter intransferible del permiso por paternidad ha hecho que sea disfrutado por un gran número de padres. Si usamos como referencia para su cálculo el número de procesos por maternidad a nivel nacional del año 2014, que asciende a 281.151²⁸⁵, y los ponemos en relación con el número de procesos por paternidad, para el mismo año, que alcanza la cifra de 235.678²⁸⁶ podemos concluir que un 83,83 por ciento de hombres han disfrutado del permiso por paternidad. Y si tomamos como referencia el año 2015, donde hubo 278.389 procesos por maternidad y 238.806 por paternidad, lo que representa un 85,78% de procesos de paternidad frente a los de maternidad. Si comparamos ambos periodos (2014-2015), es significativo que en el último año hayan descendido las prestaciones por maternidad en 2.762 procesos y sin embargo, han aumentado las prestaciones por paternidad en 3.128 procesos, lo que origina que el porcentaje de personas que han disfrutado del permiso por paternidad aumente en casi dos puntos. Sin embargo, este porcentaje es aproximado, ya que hay que tener en cuenta que no solo los hombres tienen derecho a la prestación, ya que en los procesos por paternidad también están incluido el otro progenitor, en este caso una mujer en parejas formadas por dos mujeres, y que algunas madres incluidas en los procesos por maternidad lo han sido en solitario; pero descontando estos casos que son escasos, la cifra resultante sigue siendo elevada.

Con la finalidad de analizar la evolución del permiso por paternidad desde su creación y hasta el año 2015, se elabora la siguiente tabla aunque en ella no se incluye el año de su entrada en vigor (2007) ya que tuvo lugar el 24 de marzo y no estuvo vigente el año completo, por lo que su comparación con el resto de los años no sería homogénea.

²⁸⁵ SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Prestación de Maternidad. http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Maternidad/index.htm. Consultada el día 04-02-2016.

²⁸⁶ SEGURIDAD SOCIAL. Estadística. Prestación de Paternidad. http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Paternidad/index.htm. Consultada el día 04-02-2016.

Tabla Núm. 6. Porcentaje de padres-otro progenitor han disfrutado el permiso por paternidad

AÑO	Nº procesos maternidad	Nº procesos paternidad	% padres
2008	359.160	279.756	77,89
2009	340.512	273.024	80,18
2010	332.557	275.637	82,88
2011	324.405	269.715	83,14
2012	298.732	245.867	82,30
2013	288.842	237.988	82,39
2014	281.151	235.678	83,83
2015	278.389	238.806	85,78

Fuente: Elaboración propia según datos de la Seguridad Social. Estadísticas de la prestación de maternidad y paternidad.

Excepto en el año 2008 donde la creación del permiso estaba aún muy reciente, en el resto de años el disfrute supera el 80%. Como contrapartida, al tratarse de un permiso voluntario entorno a un 20% en los primeros años no lo usan, aunque sea remunerado al 100% de la Base Reguladora. Pero el dato mejora bajando a un 14,22% en el año 2015, lo que significa que los hombres cada vez hacen más uso de un permiso exclusivo para ellos e intransferible.

Otro dato a resaltar es la bajada continuada del número de procesos por paternidad desde el año 2011, aunque sube ligeramente en 2015, mientras que la bajada en los procesos por maternidad es continuada y progresiva desde el año 2008 y hasta la fecha. Probablemente esta bajada sea a consecuencia de la crisis económica iniciada en ese año, que ha provocado un descenso de la natalidad, así como un mayor número de mujeres sin derecho a la prestación. Este dato revela que el descenso en licencias por maternidad, no ha provocado el mismo efecto en las de paternidad, al menos hasta el 2011.

Las tasas de uso por parte de los hombres de la parte transferible del permiso por maternidad, del permiso de lactancia, de la excedencia por cuidado de hijos o hijas y de la reducción de jornada por cuidado de menores de 12 años son muy bajas. En cambio, en el caso del único permiso al que tienen derecho de manera individualizada, el permiso por paternidad, la tasa de uso supera el 80%. Por ello, parece que los hombres

españoles responden de manera mayoritaria al hecho de tener permisos bien remunerados y no transferibles (si no lo usan ellos, se pierden).

Asimismo, se perciben indicios de cambio respecto a la implicación de los padres en los cuidados, pues en el año 2015 más de un 85% de padres disfrutaron de esta medida.

En lo que respecta a su disfrute en las diferentes Comunidades Autónomas este es muy dispar como se puede observar en las siguientes tablas de los dos últimos años.

Tabla núm. 7. Porcentaje de padres-otro progenitor han disfrutado el permiso por paternidad por Comunidades Autónomas en el año 2014

CCAA	Nº procesos maternidad	Nº procesos paternidad	% padres
Andalucía	49.867	36.968	74,13
Aragón	8.020	7.449	92,88
Asturias	4.596	3.718	80,90
Baleares	6.915	5.071	73,33
Canarias	9.370	7.631	81,44
Cantabria	3.322	2.822	84,95
Castilla-León	12.370	11.091	89,66
Castilla-La Mancha	10.145	9.761	96,21
Cataluña	48.970	44.227	90,31
Extremadura	5.786	4.572	79,02
Galicia	14.279	11.156	78,13
Madrid	47.717	39.326	82,42
Murcia	9.445	8.312	88,00
Navarra	4.722	4.241	89,81
La Rioja	1.950	1.806	92,62
Com. Valenciana	27.545	23.319	84,66
País Vasco	15.342	13.630	88,84
Ceuta	360	270	75,00
Melilla	430	308	71,63

Fuente: Elaboración propia según datos de la Seguridad Social. Estadísticas de la prestación de maternidad y paternidad.

De las Comunidades Autónomas destacan Castilla La Mancha donde alcanza un 96,21%, una cifra altísima, a la cual si le quitamos las variables (madres que asumen en solitario la maternidad y los padres-otros progenitores que no tienen derecho a la prestación), estaría rondando el 100%. Como contrapartida están Melilla, Ceuta, Galicia, Extremadura, Andalucía, Asturias, y Baleares por debajo del 80% de media nacional desde que el año 2008. Hay que destacar, que aparte de Castilla-La Mancha, en el año 2014, tres comunidades (Aragón, Cataluña y la Rioja) superan la tasa del 90%.

Tabla núm. 8. Porcentaje de padres-otro progenitor han disfrutado el permiso por paternidad por Comunidades Autónomas en el año 2015

CCAA	Nº procesos maternidad	Nº procesos paternidad	% padres
Andalucía	48.917	37.700	77,07
Aragón	7.777	7.623	98,02
Asturias	4.529	3.812	84,17
Baleares	6.911	5.197	75,20
Canarias	9.398	7.992	85,04
Cantabria	3.185	2.828	88,79
Castilla-León	12.234	11.083	90,59
Castilla-La Mancha	10.092	9.968	98,77
Cataluña	49.523	45.309	91,49
Extremadura	5.646	4.370	77,40
Galicia	14.442	11.419	79,07
Madrid	47.638	39.835	83,62
Murcia	9.034	8.460	93,65
Navarra	4.446	4.244	95,46
La Rioja	1.886	1.781	94,43
Com. Valenciana	26.873	23.389	87,04
País Vasco	15.067	13.274	88,10
Ceuta	323	235	72,76
Melilla	468	287	61,32

Fuente: Elaboración propia según datos de la Seguridad Social. Estadísticas de la prestación de maternidad y paternidad.

En el año 2015 al igual que en el anterior destacan los padres manchegos con el porcentaje más alto (98,77%) y los padres melillenses con el porcentaje más bajo. En este año a parte de Castilla-La Mancha seis comunidades superan la tasa del 90% (Aragón, Castilla-León, Cataluña, Murcia, Navarra y La Rioja), el doble que el año anterior. Es este permiso es destacable el comportamiento de los padres murcianos donde en el mismo año, solamente un 1,01% de ellos, hacia uso del permiso por maternidad, frente al 93,65% que lo hacen del de paternidad; y el de los padres ceutís con un uso del 1,24% del permiso por maternidad frente al 72,76% del de paternidad. También en este sentido, los andaluces con una tasa de uso del permiso materno de un 1,29% frente al 77,07% del permiso paterno. Esto evidencia que los hombres españoles (sobre todo los del sur) responden mejor a los permisos de los que son titulares y no transferibles, como el de paternidad.

CAPÍTULO TERCERO

OTRAS MEDIDAS PROTECTORAS

I. ASPECTOS COMUNES EN LOS PERMISOS POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

1. La obligación de cotizar a la Seguridad Social

La obligación de cotizar continúa durante la suspensión contractual tanto por maternidad como por paternidad, esta viene establecida en la DF 2ª del RD 295/2009, que modifica el art. 68 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre²⁸⁷.

De otra parte, en el supuesto especial de maternidad no contributiva, el art. 16.4 del RD 295/2009, establece que la obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, la entidad gestora descontará del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora.

En estos supuestos, la empresa vendrá obligada a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso, procedan. La obligación

²⁸⁷ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE, núm. 22 de 25 de Enero de 1996). Art. 68, titulado “Cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural” y queda redactado de la siguiente manera:

Apartado primero: “*La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa; durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento; en la situación de paternidad por nacimiento de hijo, adopción y acogimiento, y en las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural, aunque constituyan motivo de suspensión de una relación laboral*”.

Y en su apartado sexto, dispone que igualmente durante estas situaciones la entidad gestora o colaboradora competente, en el momento de hacer efectivo el subsidio que corresponda percibir a las personas trabajadoras por cuenta ajena, procederá a deducir de su importe la cuantía a que ascienda la suma de las aportaciones de la trabajadora o trabajador relativas a las cotizaciones a la Seguridad Social, desempleo y formación profesional, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

empresarial es idéntica para ambas suspensiones (maternidad y paternidad), con la salvedad de que la de maternidad es más costosa para la empresa por ser su duración más extensa (112 días) frente a la de paternidad (13 días). No obstante, la obligación empresarial de cotizar esta bonificada durante toda la suspensión contractual, siempre y cuando la empresa contrate a una persona desempleada para sustituir a la trabajadora o trabajador que tiene suspendido el contrato por maternidad o paternidad

2. El contrato de interinidad bonificado para sustitución durante los descansos

2.1. El contrato de interinidad bonificado para sustituir a trabajadoras suspendidas por maternidad

Con el propósito de evitar el efecto negativo que tendría en la contratación de las mujeres la obligación empresarial de cotizar durante la suspensión por maternidad, se configuraron las bonificaciones en la contratación de personas desempleadas para sustitución de las madres trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por maternidad, ya que de lo contrario el ejercicio del derecho a la maternidad llevaría aparejado un perjuicio para la trabajadora y para la empresa.

La primera bonificación se instauró con el RDL 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras y en su caso trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Así en su preámbulo alega los motivos por los cuales el Estado asume los costes de la Seguridad Social a cargo de la empresa²⁸⁸.

²⁸⁸ Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. (BOE núm. 213, de 05 de Septiembre de 1998). Preámbulo. *“No cabe duda de que uno de los motivos que pueden frenar la contratación de las mujeres son los costes adicionales que para la empresa puede tener si, contratada una mujer, y ésta queda embarazada. Consecuencia de lo anterior, el Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España para 1998 establece para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, entre las medidas a poner en marcha de forma inmediata, asumir los costes de la Seguridad Social a cargo del empresario derivados de las situaciones de maternidad o, en su caso, paternidad, cuando los trabajadores se encuentren en períodos de descanso por tal causa, por adopción o por acogimiento de menores”*.

Con este RDL a partir del año 1999, los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a las personas trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. La duración máxima de las bonificaciones coincidirá con la de los períodos de los descansos del artículo 48.4 del ET. En los supuestos en que la trabajadora o el trabajador no agote el período de descanso a que tuviera derecho, los beneficios se extinguirán en el momento de su reincorporación a la empresa²⁸⁹.

Con ello se pretendía evitar que la empresa tuviera que abonar las cotizaciones de dos sujetos, por un lado el titular del descanso y por otro el interino, durante la duración de la suspensión por maternidad. Por otra parte, se buscaba incentivar la contratación de personas desempleadas, y de otra, evitar que el trabajo de la persona suspendida por maternidad fuera realizado por el resto de la plantilla de la empresa, sobrecargándoles de trabajo.

Sin embargo, cuando se estableció esta bonificación se optó por bonificar la cotización correspondiente a la persona interina, y no a la trabajadora o trabajador en situación de suspensión por maternidad. Fue la opción menos generosa: primero, porque al tener antigüedad en la empresa (siquiera mínima), la cotización de la persona trabajadora sustituida era casi siempre superior a la de la persona trabajadora interina; y segundo, sobre todo, porque este beneficio no preveía la eliminación del coste empresarial de la cotización por situación de maternidad cuando no se producía la sustitución de la persona trabajadora en situación de maternidad²⁹⁰.

Esta deficiencia se subsanó tres años más tarde con la D.A. 2ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio²⁹¹, al aplicarse esta bonificación también a la trabajadora o trabajador en

²⁸⁹ Art. 1 RDL 11/1998, de 4 de septiembre.

²⁹⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., pág. 182.

²⁹¹ Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. (BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2001). D.A. 2ª Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo. “A la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos

suspensión por maternidad. De este modo, la empresa abonará únicamente la retribución de la persona interina, ya que la retribución de la persona suspendida es asumida íntegramente por la Seguridad Social, y ninguna cotización (ni la de la persona que tiene su contrato suspendido por maternidad ni de la persona interina), por tanto la maternidad tiene un coste cero para la empresa.

Además la Ley 12/2001, incluye el supuesto de riesgo durante el embarazo y a las socias o socios de las cooperativas. Sin embargo, el principal requisito para que se produzca la bonificación en la cotización de la persona trabajadora en suspensión por maternidad, es que se produzca la sustitución por una persona desempleada mediante el contrato de interinidad. Esta medida tiene una triple finalidad: incentivar la contratación de personas desempleadas, evitar que la jornada de la persona suspendida por maternidad sea realizada por el resto de la plantilla de la empresa y que la suspensión por maternidad no tenga ningún coste de Seguridad Social para la empresa, evitando así que la madre trabajadora sufra ningún tipo de discriminación laboral a consecuencia de la maternidad. Otro requisito, es que sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión por dichas causas y el contrato de interinidad de la persona sustituta.

Para saber cuál es el coste real de una empresa por tener una trabajadora embarazada se elabora este supuesto práctico. Una empresa tiene las siguientes personas trabajando:

- 1.) Trabajadora embarazada que en el sexto mes de gestación suspende su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y hasta la fecha del parto (3 meses), y a continuación por maternidad (4 meses). La trabajadora tiene una retribución bruta mensual de 1.000 euros y una BC de 1200 euros. El porcentaje de cotización que corresponde a la empresa es un 31%.

durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados, a que se refiere el Real Decretoley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta”.

- 2.) Trabajadora interina contratada por la empresa para sustituir a la trabajadora embarazada durante las suspensiones, que cobra idéntica retribución y tiene la misma base de cotización que la trabajadora a la que sustituye.
- 3.) Trabajador (varón) de la empresa que no tiene suspendido su contrato de trabajo, que tiene similar retribución y BC.

TRABAJADORA EMBARAZADA

SITUACIÓN	COSTE EMPRESA
Remuneración durante el riesgo por embarazo	- €
Cotización durante el riesgo por embarazo	- €
Remuneración durante la licencia por maternidad	- €
Cotización durante la licencia por maternidad	- €
Total coste empresa	- €

TRABAJADORA SUSTITUTA

SITUACIÓN	COSTE EMPRESA
Remuneración interinidad riesgo por embarazo	3.000,00 €
Cotización interinidad riesgo por embarazo	- €
Remuneración interinidad maternidad	4.000,00 €
Cotización interinidad maternidad	- €
Total coste empresa	7.000,00 €

TRABAJADOR SIN SUSPENSIÓN

SITUACIÓN	COSTE EMPRESA
Remuneración mismo periodo (7 meses)	7.000,00 €
Cotización mismo periodo (7 meses)	2.604,00 €
Total coste empresa	9.604,00 €

La trabajadora embarazada ha tenido un coste cero para la empresa y su sustitución le ha costado 7.000 euros; así el coste total empresarial a consecuencia del embarazo –incluyendo los descansos por maternidad y riesgo durante el embarazo-, ha sido de 7000 euros. Mientras que la contratación de un trabajador (sin embarazo) durante el mismo periodo, ha costado a la empresa 9.604 euros, lo que supone una diferencia de 2.604 euros. Se pone de manifiesto que la empresa ha tenido un ahorro de

2.604 euros por tener a una mujer embarazada -que ha sido sustituida mediante la contratación de una persona interina-, lo que evidencia que para las empresas son lucrativos los embarazos de sus trabajadoras.

Más tarde con la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo²⁹², se estableció una nueva medida que pretendía incentivar la permanencia en el empleo de las mujeres tras la maternidad y evitar su discriminación laboral tras la suspensión o la excedencia, y para conseguirlo se premiaba a la empresa con una bonificación durante los cuatro años siguientes a su incorporación al trabajo. Bonificación que no existe en la actualidad ya que fue derogada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero²⁹³.

Tras la desaparición, con la reforma laboral de 2012, de esta bonificación por reincorporación de trabajadoras después del disfrute de la maternidad y/o excedencia, las únicas bonificaciones que actualmente resultan aplicables a la maternidad son las del Real Decreto-ley 11/98, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, y la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. La supervivencia de las dos bonificaciones está expresamente reconocida en la D.T. sexta 2 del R.D. Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

²⁹² Art. 4.2 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2006). Esta medida consistía en una bonificación para los contratos de trabajo indefinidos de las mujeres trabajadoras que fueran suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo o hija, dando derecho cuando se producía la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del inicio del permiso de maternidad, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social de 100 euros al mes (1.200 euros/año) durante los 4 años siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo. En el supuesto de que el contrato fuera de duración determinada o temporal, se tenía derecho a la bonificación si en el momento de la reincorporación el contrato se transformaba en indefinido.

²⁹³ Disposición derogatoria única 1.f) Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE, núm. 162, de 7 julio de 2012).

Esta protección de la maternidad pretende evitar cualquier discriminación de la mujer trabajadora a consecuencia de su embarazo o maternidad, para ello los Poderes Públicos garantizan el coste cero de la maternidad para la mujer trabajadora y para las empresas. Esta protección la recogió la LOI en su artículo 14.7 donde estableció como criterio general de actuación de los Poderes Públicos "*la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia*".

2.2. El contrato de interinidad bonificado para sustituir a trabajadores suspendidos por paternidad

Actualmente tanto la bonificación del RDL 11/1998 como la de la Ley 12/2001 se aplica también a las suspensiones por paternidad al ser ambas normas modificadas por la LOI. La Ley de Igualdad cambió el artículo primero del RDL 11/1998, de 4 de septiembre²⁹⁴, para incluir la suspensión por paternidad creada por esta norma. También amplía la protección de la maternidad al incluir la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, y a las personas que trabajan por cuenta propia que cesan su actividad por maternidad o paternidad, esta bonificación de cuotas para las personas autónomas viene recogida asimismo en el art. 38 del LETA.

La duración máxima de las bonificaciones al igual que sucede con la maternidad coincidirá con la duración de la suspensión del contrato. En el caso de que no se agote el período de descanso o permiso a que tuviese derecho el trabajador, los beneficios se extinguirán en el momento de su incorporación a la empresa.

²⁹⁴ Art. 1. RDL 11/1998: Darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a:

a) Trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

b) Trabajadores y trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente o que disfruten de la suspensión por paternidad en los términos establecidos en los artículos 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores.

c) Trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento o suspensión por paternidad.

Asimismo, la LOI a través de su DA decimosexta modificó la DA 2ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, para añadir las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por suspensión por paternidad, siendo esta del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social para las personas que trabajan por cuenta ajena. También incluye a las personas que trabajen por cuenta propia que cesen la actividad por encontrarse en período de descanso por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural. Para causar derecho a estas bonificaciones tienen que ser sustituidas por personas desempleadas con contrato de interinidad bonificado, y se les aplica una bonificación del 100 % de la cuota sobre la base mínima o fija que corresponda al tipo de cotización establecido como obligatorio durante la sustitución.

Por tanto, con estas bonificaciones el coste para la empresa de la suspensión contractual por maternidad y paternidad es cero. Aunque el tratamiento en nuestra legislación es igual en ambas prestaciones, existe el coste de relevo, la empresa tiene que cubrir la vacante que deja la madre durante 16 semanas o el padre durante 15 días.

En esta situación, si la empresa es pequeña, puede ocurrir que esta decida no contratar ninguna persona interina para cubrir el puesto, por tanto, no tendría derecho a la bonificación de las cuotas de la cotización de los progenitores durante los permisos, siendo el trabajo asumido por el resto de la plantilla de la empresa. Aunque la situación es la misma tanto para la suspensión por maternidad como por paternidad, la diferencia estriba en su duración, al ser la de paternidad muy corta, probablemente la empresa no sustituirá al trabajador y asumirá los costes de la cotización durante estos días, que además le generará conflictos con el resto de la plantilla que asumirán las tareas del padre que esta de permiso.

Mientras que en el caso de la suspensión por maternidad al ser un periodo más largo probablemente si será cubierto el puesto por otra persona, si no fuera así, la empresa tendría el mismo problema anteriormente descrito (no accedería a la bonificación de las cuotas a la Seguridad Social e igualmente problemas con el resto de la plantilla que tendrían que asumir el trabajo de la trabajadora suspendida). Asimismo, en este caso al ser un permiso mucho más largo el coste es mucho mayor para la empresa y el grado de conflictividad con el resto de la plantilla también aumenta.

Por otra parte, podría darse el caso de que la empresa no necesite cubrir el puesto durante toda la suspensión por maternidad o paternidad, sino un periodo de tiempo inferior, bien porque coincide con una época donde la empresa tiene menos volumen de trabajo, o bien porque coincide con el periodo de vacaciones de la misma, (como por ejemplo aquellas empresas que por su actividad cierran por vacaciones el mes de agosto), en estos casos la empresa tampoco podría acogerse a la bonificación de la Seguridad por contratación de una persona interina, ya que sólo será de aplicación si coinciden en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad de la persona sustituta.

Esto se podría trasladar al caso particular de las personas que trabajan por cuenta propia, donde se añaden otras dificultades para contratar una persona que los sustituya durante el cese en la actividad debido a las particularidades del trabajo autónomo. Estas particularidades sería: dejar al frente del negocio a una persona ajena, o en el caso de profesionales independientes encontrar una persona que le sustituya con la formación necesaria y experiencia para cubrir un puesto durante un periodo de tiempo relativamente corto. En el caso de la licencia por paternidad es bastante improbable que el autónomo contrate a una persona que lo sustituya. En este caso los trabajadores y trabajadoras del RETA, asumirían el coste total de su cotización a la Seguridad Social. Teniendo en cuenta que durante la edad fértil de las trabajadoras estas suelen cotizar por la base mínima que para el año 2016 está en 893,10 euros al mes²⁹⁵, siendo el importe de la cotización de 267,04 euros mensuales (sin opción AT y EP)²⁹⁶, lo que hace que la prestación mensual por maternidad quede en 626,06 euros mensuales.

2.3. Bonificación a personas trabajadoras incluidas en el RETA por conciliación de la vida profesional y familiar vinculadas a la contratación

En el año 2015, mediante el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de

²⁹⁵ Art. 115. Cinco.1. Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. (BOE, núm. 260, de 30 de octubre de 2015).

²⁹⁶ Según el tipo de cotización establecida en el art. 115. Cinco. 5, de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. El tipo de cotización será el 29,80 por ciento. Las personas trabajadoras incluidas en este Régimen Especial que no tengan cubierta la protección dispensada a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional equivalente al 0,10 por ciento, aplicado sobre la base de cotización elegida.

orden social²⁹⁷, se establecen beneficios de Seguridad Social para aquellos supuestos en los que la persona autónoma debe atender obligaciones familiares que puedan influir en su actividad, modificando la LETA para añadir un nuevo artículo (30). Mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio²⁹⁸, se convalida el RD-Ley 1/2015, así en su artículo 9 se establece el nuevo artículo 30 del LETA²⁹⁹ que dispone una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, durante 12 meses, en los supuestos de cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo, y de familiares por consanguinidad y afinidad hasta el segundo grado en situación de dependencia.

La aplicación de la bonificación está condicionada a la permanencia en alta en el RETA de la persona beneficiaria y a la contratación de una persona trabajadora, a tiempo completo o parcial, que deberá mantenerse durante todo el periodo de su disfrute. En todo caso, la duración del contrato deberá ser, al menos, de 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación. Dicha persona contratada será ocupada en la actividad profesional que da lugar al alta en el Sistema de Seguridad Social del autónomo o autónoma. Cuando se extinga la relación laboral, incluso durante el periodo inicial de 3 meses, la persona trabajadora autónoma podrá beneficiarse de la bonificación si contrata a otra persona por cuenta ajena en el plazo máximo de 30 días. En el supuesto de que el contrato se realice a tiempo parcial, este no podrá celebrarse por una jornada laboral inferior al 50 por ciento de la jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable. Asimismo, la bonificación será del 50 por ciento³⁰⁰.

²⁹⁷ Art. 9. Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE, núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

²⁹⁸ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015).

²⁹⁹ Art. 30.1 LETA: *“Los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos tendrán derecho, por un plazo de hasta doce meses, a una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado Régimen Especial en los siguientes supuestos:*

- a) *Por cuidado de menores de 7 años que tengan a su cargo.*
- b) *Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.*

Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida”.

³⁰⁰ Art. 30.2 LETA.

Con esta bonificación se pretende por una parte, la conciliación de la vida profesional y familiar de las personas incluidas en el RETA, y por otra parte, la creación de empleo mediante la contratación de una persona que la sustituya en su actividad profesional. En caso de incumplimiento del mantenimiento de la persona contratada, el trabajador o trabajadora autónoma estará obligada a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada³⁰¹.

En caso de que la persona menor que dio lugar a la bonificación alcanzase la edad de 7 años con anterioridad a la finalización del disfrute de la bonificación, esta se podrá mantener hasta alcanzar el periodo máximo de 12 meses previsto, siempre que se cumplan el resto de condiciones.

En todo caso, la persona trabajadora autónoma que se beneficie de la bonificación deberá mantenerse en alta en la Seguridad Social durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de disfrute de la misma. En caso contrario estará obligada a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada³⁰².

La norma establece que solo tendrán derecho a la bonificación las personas trabajadoras autónomas que carezcan de personas asalariadas en la fecha de inicio de la aplicación de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. Sin embargo no se tendrá en cuenta al trabajador o trabajadora contratada mediante contrato de interinidad para la sustitución de la persona trabajadora autónoma durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural³⁰³.

³⁰¹ Art. 30.3 LETA. No obstante no procederá el reintegro de la bonificación cuando la extinción esté motivada por causas objetivas o por despido disciplinario cuando una u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni en los supuestos de extinción causada por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora o por resolución durante el periodo de prueba. Cuando proceda el reintegro, este quedará limitado exclusivamente a la parte de la bonificación disfrutada que estuviera vinculada al contrato cuya extinción se hubiera producido en supuestos distintos a los expuestos anteriormente. En caso de no mantenerse en el empleo a la persona contratada durante, al menos, 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación, la persona trabajadora autónoma estará obligada a reintegrar el importe de la bonificación disfrutada, salvo que, proceda a contratar a otra persona en el plazo de 30 días.

³⁰² Art. 30. 3 LETA

³⁰³ Art. 30.4 LETA

Por otra parte, las personas beneficiarias de esta bonificación tendrán derecho a su disfrute una vez por cada uno de los sujetos causantes a su cargo. Esta será compatible con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, conforme a la normativa vigente.

2.3.1. Bonificaciones para los TRADE

El 10 de octubre de 2015 entró en vigor la Ley 31/2015, de 9 de septiembre³⁰⁴ que amplía los derechos de los trabajadores y trabajadoras autónomas económicamente dependientes (en adelante TRADE), que son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales³⁰⁵.

Los TRADE hasta ahora no podían contratar personas trabajadoras por cuenta ajena, ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceras personas, lo que provocaba que en caso de maternidad o paternidad tuvieran que cesar temporalmente su actividad sin posibilidad de sustitución. Con esta nueva norma esta prohibición no será de aplicación en los siguientes supuestos en los que se permitirá la contratación de un único trabajador o trabajadora (art. 11.2 a) LETA):

- 1.) Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses.
- 2.) Períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente.
- 3.) Por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo.
- 4.) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada.
- 5.) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada.

³⁰⁴ Art. primero Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. (BOE, núm. 217, de 10 de septiembre de 2015).

³⁰⁵ Art. 11.1 LETA.

En estos supuestos, el TRADE tendrá el carácter de empresario o empresaria, en los términos previstos por el artículo 1.2 del E.T³⁰⁶.

Para los supuestos de cuidado de una persona menor de siete años, de un familiar dependiente o con discapacidad el contrato se celebrará por una jornada equivalente a la reducción de la actividad efectuada por la persona autónoma sin que pueda superar el 75 por ciento de la jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, en cómputo anual. En estos supuestos, la duración del contrato estará vinculada al mantenimiento de la situación de cuidado con una duración máxima, en todo caso, de doce meses³⁰⁷.

Solamente se permitirá la contratación de una única persona trabajadora por cuenta ajena aunque concurren dos o más de los supuestos previstos. Finalizada la causa que dio lugar a dicha contratación, podrá celebrar un nuevo contrato con una persona trabajadora por cuenta ajena por cualquiera de las causas previstas siempre que, entre el final de un contrato y la nueva contratación transcurra un periodo mínimo de doce meses, salvo que el nuevo contrato tuviera como causa alguna los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, o los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento.

Sin embargo, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por I.T., maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo o lactancia natural o protección de mujer víctima de violencia de género, así como en los supuestos de extinción del contrato por causas procedentes, la persona trabajadora autónoma podrá contratar a otra persona para sustituir a la inicialmente contratada, sin que, en ningún momento, ambas personas trabajadores por cuenta ajena puedan prestar sus servicios de manera simultánea³⁰⁸.

En los supuestos de cuidados de persona menor de siete años o familiar en situación de dependencia o discapacidad solamente se permitirá la contratación de una persona trabajadora por cuenta ajena por cada uno de ellos. Esta contratación por cuenta

³⁰⁶ Art. 11. 2 a) LETA.

³⁰⁷ Art. 11. 2 a) LETA.

³⁰⁸ Art. 11.2 a) LETA.

ajena será compatible con la bonificación por conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, prevista en el artículo 30 de esta Ley, analizada anteriormente.

2.4. El contrato de interinidad bonificado para sustitución a personas excedentes

El artículo 17 de la Ley de Conciliación rubricó la D.A. 14 del anterior ET, estando actualmente regulada en la D.A. 21ª del nuevo ET, para establecer que en los contratos de interinidad que se celebren con personas beneficiarias de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptoras, para sustituir a personas trabajadoras que estén en la situación de excedencia del artículo 46.3 del ET (por cuidado de hijos e hijas o familiares), darán derecho a una reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes en las siguientes cuantías:

a) 95% durante el primer año de excedencia de la persona trabajadora que se sustituye.

b) 60% durante el segundo año de excedencia de la persona trabajadora que se sustituye.

c) 50% durante el tercer año de excedencia de la persona trabajadora que se sustituye.

No obstante, estos beneficios no serán de aplicación a las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, de empresario o empresaria, o de quienes ostenten cargos de dirección, o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y las que se produzcan con estos últimos³⁰⁹.

Con esta medida se trata de paliar los posibles perjuicios que podrían sufrir una empresa que tiene que cubrir la vacante de una persona trabajadora cuando se acoge a una excedencia por cuidado de un hijo o hija menor de tres años o por cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo. Sin embargo, económicamente no existe

³⁰⁹ Disposición adicional vigesimoprimera ET.

ningún coste económico para la empresa durante la situación de excedencia de una persona trabajadora, pues durante la misma ni le tiene que pagar retribución alguna ni tiene que efectuar cotización por ella a la Seguridad Social, por tanto su coste es cero para la empresa. Por ello, la justificación más probable para esta medida sería la creación de empleo, al tener que contratar a personas desempleadas de larga duración que cobran una prestación por desempleo (uno de los requisitos es que la persona interina lleve más de un año cobrando una prestación de desempleo), y así que esta persona se incorpore al mercado laboral y a su vez la Seguridad Social ve compensada la bonificación en Seguros Sociales a la empresa con no tener que abonar la prestación por desempleo a la persona interina.

3. Efectos de los permisos por maternidad y paternidad

3.1. El disfrute de las vacaciones

Uno de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en España son las vacaciones retribuidas, de hecho se encuentra recogido en el artículo 40.2 de la CE³¹⁰. Asimismo constituyen una obligación empresarial y un derecho irrenunciable regulado en el artículo 38 del ET³¹¹.

El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa, de manera que las personas que trabajan en la misma puedan conocer las fechas que le corresponden con al menos dos meses de antelación al comienzo del disfrute. Ahora bien, ¿qué ocurre si el calendario fijado por la empresa coincide en el tiempo con una suspensión del trabajo por maternidad o paternidad?. En este sentido se pronunció el TJUE en el asunto Merino C-342/01 declarando que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad³¹².

³¹⁰ Art. 40.2 Constitución Española de 1978. (BOE, núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978). “*Los poderes públicos garantizarán el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas*”.

³¹¹ El art. 38 ET establece que el período de vacaciones anuales retribuidas no es sustituible por compensación económica, y será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, pero en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

³¹² Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid en el marco de un litigio entre la Sra. Merino Gómez y la sociedad Continental Industrias del Caucho, S.A. sobre una solicitud de vacaciones anuales presentada por la Sra. Merino cuyo permiso de maternidad coincidía con uno de los períodos de vacaciones anuales de su centro de trabajo establecido en un acuerdo colectivo que fue suscrito entre la empresa y los representantes de los trabajadores donde se fijaron dos períodos

Más tarde con la LOI para evitar que en caso de coincidir en el tiempo las vacaciones y la suspensión por maternidad la trabajadora perdiera el disfrute de sus vacaciones, se añadió un párrafo al art. 38.3 ET donde se estableció que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la IT o a la del disfrute del permiso, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

Sin embargo la LOI no incluye en este supuesto a la suspensión por paternidad, probablemente porque no lo consideró necesario debido a la amplitud temporal y de libre elección por el trabajador para el disfrute del permiso, ya que este se puede disfrutar desde la finalización del permiso por nacimiento o desde la adopción o acogimiento y hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, lo que le permite evitar cualquier simultaneidad con las vacaciones. De otra parte, al ser un permiso más corto es más probable que no coincida en el tiempo con las vacaciones, al contrario de lo que sucedía con el permiso por maternidad de mayor duración y es más posible la coincidencia del disfrute de ambos permisos vacaciones y maternidad.

generales para el disfrute de vacaciones de toda la plantilla, uno del 16 de julio al 12 de agosto, y otro del 6 de agosto al 2 de septiembre, ambos de 2001. En ese acuerdo se establecía también que, con carácter excepcional, seis trabajadores podrían disfrutar de vacaciones en el mes de septiembre. Para ese turno excepcional se fijaba la preferencia de los trabajadores que no hubieran podido elegir turno el año anterior. La Sra. Merino Gómez estuvo disfrutando de baja maternal desde el 5 de mayo al 24 de agosto de 2001 y había podido elegir turno de vacaciones en el año 2000 y, por tanto, conforme a las reglas establecidas en el acuerdo colectivo no habría podido acceder en el año 2001 al turno excepcional del mes de septiembre para disfrutar de vacaciones anuales. A pesar de todo, la Sra. Merino González solicitó disfrutar de vacaciones desde el 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001 o, subsidiariamente, desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre de 2001, es decir, un período de vacaciones a continuación del término del período de su baja por maternidad, sin embargo la empresa no concedió a la Sra. Merino Gómez el período de vacaciones reclamado. El Tribunal de Justicia se pronuncia declarando que las Directivas: 93/104/CE, 92/85/CEE y 76/207/CEE *“han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla”*.

Los trabajadores regulados por el ET, tendrán que esperar a la entrada en vigor de la Ley 3/2012³¹³ para que se subsane este olvido o error e incluya el permiso por paternidad, como motivo determinante del derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta. Se incluye el permiso por paternidad como una de las situaciones en que las vacaciones quedan suspendidas, pudiéndose disfrutar una vez finalizado el mismo aunque haya finalizado el año natural en que se devengaron.

Para terminar de solucionar este lapsus, el nuevo ET incluye en el art. 38.3 en este supuesto el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

Sin embargo, la LOI si estableció este derecho para los trabajadores de la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. Así en su art. 59, dispone que cuando el periodo de vacaciones coincida con una IT derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Igualmente “*Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad*”. No obstante, en cuanto al personal sujeto al EBEP, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de PGE para el año 2016³¹⁴, modifica el anterior EBEP³¹⁵, con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida para adicionar un párrafo al artículo 50, recogido en el actual EBEP en su artículo 50.2³¹⁶, donde no incluye al permiso por paternidad como dispone la Ley de Igualdad.

³¹³ Disposición final primera. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Además se establece que si el periodo de vacaciones coincide total o parcialmente con una baja de incapacidad temporal “común” (no relacionada con el hecho de la maternidad o la paternidad) o derivada de accidente de trabajo que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural al que corresponden, el trabajador puede disfrutarlas una vez finalice su incapacidad siempre que no hayan transcurrido más de 18 meses a partir del final del año en que se hayan originado.

³¹⁴ Disposición final novena. Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. (BOE, Núm. 260, de 30 de octubre de 2015).

³¹⁵ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE, núm. 89 de 13 de abril de 2007).

³¹⁶ Art. 50.2 EBEP “*Cuando las situaciones de permiso de maternidad, incapacidad temporal, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo impidan iniciar el disfrute de las vacaciones dentro del año natural al que correspondan, o una vez iniciado el periodo vacacional sobreviniera una de dichas situaciones, el periodo vacacional se podrá disfrutar aunque haya terminado el año natural a que correspondan y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado*”.

3.2. Antigüedad

Pese al silencio de la Ley, el periodo de suspensión contractual computa a efectos de antigüedad, no así respecto de las indemnizaciones legales, en las que lo que cuentan son los años de servicios efectivos (STS de 28 de junio de 2002, Ar/9080). Los Tribunales vienen entendiendo así que lo que no está expresamente suspendido por la ley continua vigente y que, por ello, computan a efectos de antigüedad los periodos suspensivos contractuales³¹⁷.

El tiempo disfrutado en los permisos de maternidad y paternidad computará a efectos de antigüedad, en cuanto esta influye en muchos derechos de las personas trabajadoras como son:

- a) La indemnización por despido, a mayor antigüedad mayor será su cuantía³¹⁸.
- b) Plus de antigüedad o complemento personal de antigüedad, retribución que se incrementa en función de los años trabajados (trienios, quinquenios, etc.).
- c) Excedencias, para pedir una excedencia voluntaria hay que tener un año de antigüedad³¹⁹.
- d) Para ser elegibles y electores en las elecciones sindicales, es decir, que para poder votar y para ser candidato hay que tener cierta antigüedad en la empresa³²⁰, de otra parte, para presidir la mesa electoral se elige al trabajador o trabajadora con más antigüedad³²¹.
- e) Acceder a la formación, los trabajadores con un año de antigüedad tienen derecho a un permiso retribuido de 20 horas al año para recibir formación profesional³²².
- f) Conseguir ascensos.
- g) Traslados cuando no hay acuerdo tienen preferencia para no ser trasladados los trabajadores con más antigüedad.
- h) Pagas extras, algunos convenios colectivos establecen que se incluya la

³¹⁷ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad, paternidad y la adopción y acogimiento. (Novedades introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 61.

³¹⁸ Arts. 56.1 y 53 b ET.

³¹⁹ Art. 46.2 ET.

³²⁰ Art. 69 ET.

³²¹ Art 73 ET.

³²² Art. 23.3 ET.

antigüedad en el cálculo de las pagas extraordinarias.

- i) Preferencia para elegir las vacaciones.

3.3. Protección frente al despido

Las personas trabajadoras durante los permisos de maternidad y paternidad, así como durante el disfrute de las medidas de conciliación, están protegidos frente al despido en determinados supuestos.

Además de las causas establecidas en el art. 53.4 ET³²³ para el caso de la extinción del contrato por causas objetivas, igualmente será nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

- b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad.

- c) La de personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4 -por lactancia natural-, 37.5 -por nacimiento de hijo/a prematuro/a o por hospitalización tras el parto- y el art. 37. 6 -reducción de jornada por cuidado de un menor, persona con discapacidad o de un familiar-, o estén disfrutando de ellos; o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3.

- d) La de las trabajadoras y trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda con fines de adopción o acogimiento de la persona menor.

³²³ Art 53.4 ET. En el caso de la extinción del contrato sea por causas objetivas y la decisión por parte de la empresa tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador o la trabajadora, la decisión extintiva será nula.

Todo ello será de aplicación, salvo que, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia. Se da por tanto, una protección muy extensa y que abarca todos los permisos relacionados con la maternidad, paternidad y medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.

El contrato de trabajo también puede extinguirse por decisión de la empresa, mediante el despido disciplinario, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador o trabajadora³²⁴. De igual forma que el despido por causas objetivas, el despido disciplinario será nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador o trabajadora³²⁵. Será también nulo el despido en los mismos supuestos que por causa objetivas y tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador o trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir³²⁶.

Nuestra legislación también brinda protección frente al despido objetivo individual del artículo 52 d) del ET³²⁷ que dispone que el contrato podrá extinguirse por faltas de asistencia al trabajo. Sin embargo, no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del despido objetivo, las ausencias debidas a maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia y paternidad.

Así mismo la jurisprudencia hace extensiva esta protección a las personas trabajadoras durante el disfrute de alguna medida de conciliación, como se desprende de la sentencia del TS 5427/2014³²⁸ que declara nulo el despido de un trabajador que tenía

³²⁴ Art. 54 ET.

³²⁵ Art. 55.5 ET.

³²⁶ Art. 55.6 ET.

³²⁷ Art. 52 d) ET. Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

³²⁸ Véase STS 5427/2014. Sala de lo Social, Madrid, 25 de noviembre de 2014, núm. recurso 2344/2013. La sentencia contempla el caso de tres trabajadores, conductores de tranvía que fueron despedidos el 16 de febrero de 2012 mediante carta de despido en la que se les imputaba haber superado los límites de absentismo. Contra esta decisión empresarial denunciaron ante el Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona, pidiendo que sus despidos se declarasen nulos o subsidiariamente improcedentes, declarando

reducida su jornada para el cuidado de su madre, aunque la causa que motivo el despido y que fue declarada por la empresa en la carta de despido sea haber superado los límites de absentismo.

Aunque esta protección frente al despido es idéntica para ambos sexos, en sus inicios fue concebida para proteger a las madres trabajadoras y fueron estas las principales destinatarias de estas medidas hasta que con la entrada en vigor del permiso por paternidad se amplió esta protección también a los padres.

Por otra parte, las personas destinatarias de esta protección siempre serán en mayor medida las trabajadoras, al ser las únicas beneficiarias de la protección en caso de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural. En el caso del resto de permisos (para la lactancia del menor y para atender a neonatos prematuros, cuidado directo de menor o persona discapacitada, y excedencia), aunque puedan ser usados por ambos progenitores, sigue siendo la mujer quien asume en mayor medida los cuidados, por tanto, sigue siendo la principal destinataria de la protección frente al despido por causa de la maternidad.

Las políticas de igualdad de género han dado lugar a una normativa que actúa en defensa de la mujer gestante o en periodos posteriores al parto, y durante el uso de las diferentes medidas de conciliación, de manera que goza de unas garantías y unos niveles de tutela especialmente intensos frente a las represalias empresariales, en este caso el

este juzgado la improcedencia del despido de los actores, tras desestimar la nulidad. La sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia desestimando el recurso de suplicación. Contra la sentencia se interpone recurso de casación para unificación de doctrina. No obstante, nos limitamos en este resumen de la sentencia a la alegación de nulidad de uno de los trabajadores que tenía reducción de jornada para el cuidado de su madre, dado que se desestima el recurso de nulidad de los otros dos y la causa real del despido de los mismos es la filiación sindical de los despedidos. Para la pretensión de nulidad del despido del trabajador con jornada reducida para el cuidado de su madre, se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de febrero de 2011 (R.S. 6018/2010), donde se declara nulo el despido por causas económicas de una trabajadora que tenía concedida y disfrutaba de una reducción de jornada para el cuidado de un hijo de un año, porque al ser inviable la declaración de procedencia del cese, se imponía la declaración de nulidad objetiva que se deriva de la norma al tratarse del ejercicio del derecho a conciliar la vida laboral y familiar. El Tribunal Supremo que la nulidad debe prosperar porque, como en supuestos semejantes de guarda o atención a un familiar ha declarado (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2012 y 25 de enero de 2013, entre otras), la protección que los artículos 53.4 y 37.5 otorgan quedaría vacía de contenido si no conllevara la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él, la cual acaece con los despidos que se consideran improcedentes.

despido, por motivo de la maternidad. Aunque este nivel de protección es justo y necesario, también es un arma de doble filo, ya que por una parte brinda seguridad jurídica a las madres trabajadoras frente al despido, sin embargo, por otra parte, puede servir como revulsivo a las empresas a la hora de contratar a mujeres que podrían ser potencialmente madres algún día, al considerar que están blindadas ante el despido o la flexibilidad laboral, y ser consideradas intocables.

3.4. Otros derechos laborales

El Real Decreto 295/2009, en su artículo 8.8, contempla expresamente que “*las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad*”. Sin embargo, cuando regula la prestación por paternidad no hace ninguna mención a la percepción del subsidio por paternidad en estas situaciones.

Se reconoce el derecho a la prestación por maternidad durante el cierre patronal ya que no sería justo que la trabajadora o el trabajador en su caso, se vieran perjudicados en el disfrute del permiso por esta causa, sin embargo el Real Decreto ha olvidado incluir esta situación para causar derecho a la percepción del subsidio por paternidad.

También el Real Decreto ha omitido la percepción del subsidio por paternidad en caso de huelga, “quizá esta omisión se deba a que el legislador entiende que el trabajador podrá ejercer durante el tiempo en permiso de paternidad sus derechos colectivos, salvo, naturalmente, las limitaciones derivadas de la propia naturaleza de la situación -por ejemplo, no podría sumarse a una huelga porque, si no está trabajando, mal puede cesar en el trabajo, aunque sí podría participar en otras acciones reivindicativas-”³²⁹. Esto se podría trasladar a la prestación por maternidad, ya que igualmente, la madre si no está trabajando por tener su contrato suspendido por maternidad, tampoco se sumará a la huelga. Quizás este supuesto de huelga se refiera a cuando se esté ejerciendo el derecho a la huelga en la empresa por el resto de la plantilla.

³²⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, Cit., pág. 26.

Otro derecho que se les reconoce a los progenitores es que las situaciones de maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y paternidad, que les afecten durante “el período de prueba”, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre la empresa y los progenitores³³⁰. Este acuerdo generalmente, se produce a través del contrato de trabajo mediante una cláusula adicional donde se estipula si se interrumpe o no el período de prueba por dichas suspensiones.

Por otra parte, con la LOI se introduce un último apartado al artículo 48.4 del anterior ET, para implantar que las personas trabajadoras se beneficiarán de cualquier “mejora en las condiciones de trabajo” a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión de contrato por maternidad o por paternidad, actualmente regulado en el art. 48.9 ET; por ejemplo, los incrementos salariales producidos durante la suspensión serán efectivos al momento de la reincorporación tras la licencia.

El Tribunal Constitucional ha ido más allá del artículo 48.9 del ET, al reconocer el derecho de la persona inscrita como demandante de empleo, que se encuentre disfrutando un permiso de maternidad, a “acceder a ofertas adecuadas de colocación”. No se trata en sí del derecho a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo, sino del derecho a que se le hagan ofertas adecuadas de empleo mientras dure el permiso. En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del TC de 3 de julio de 2006³³¹. “En conclusión, por lo tanto, a partir de esta Sentencia del Tribunal

³³⁰ Art. 14.3 ET.

³³¹ Véase STC 214/2006, de 3 de julio de 2006, Sala Segunda, núm. Recurso 5499/2003. En ella la demandante se encontraba en situación de desempleo, percibiendo las prestaciones correspondientes que le habían sido reconocidas. El día 27 de diciembre de 1997 la actora presentó en la oficina de empleo (INEM) en la que estaba inscrita, el parte de baja por maternidad, procediendo este organismo a anotar, junto a su oferta de empleo, la expresión "suspendida por maternidad". El 12 de enero de 1998, la Delegación Provincial de Educación de la Junta de Andalucía ofertó quince plazas de monitores de educación especial, para su contratación temporal solicitando del INEM la remisión de candidatos. La solicitud incluía el perfil profesional que reunía la demandante de empleo. El INEM envió a la Delegación solicitante una lista de 30 candidatos, sin incluir a la demandante; sin embargo, la actora solicitó su inclusión entre las candidatas. Por Resolución de la Delegación Provincial del INEM en Granada desestimó dicha petición argumentando que, al tiempo de la oferta, se encontraba suspendida la demanda de empleo por un período máximo de dieciséis semanas, por hallarse en situación de incapacidad temporal para el trabajo. La Delegación Provincial de Educación y Ciencia seleccionó a los candidatos más idóneos remitidos por el INEM y celebró contrato laboral con once de ellos, ya que el resto de las plazas las cubrió la Delegación del Gobierno. La demandante de empleo interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del INEM, que fue estimado por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Granada de 25 de abril de 2001, que anuló la resolución recurrida, por contraria al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución, y declaró el derecho de la actora a ser incluida en la relación de demandantes de empleo presentados como candidatos a la oferta de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia y al abono de la cantidad que, en concepto de daños

Constitucional, las mujeres que se encuentren percibiendo la prestación por maternidad, -incompatible con la prestación por desempleo, nivel contributivo y, con el subsidio por desempleo, nivel asistencial-, continuarán inscritas como demandantes de empleo, teniendo derecho a que se les informe de las ofertas de empleo adecuadas. De este modo, cuando percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo, se inicie un periodo de maternidad, la comunicación de esta circunstancia por la interesada al Servicio Público de Empleo, supondrá la suspensión de la prestación o del subsidio, - que se reanudará cuando termine la maternidad-, pero no, la suspensión de la inscripción como demandante de empleo”³³².

Aunque nuestro ET da una amplia protección a los progenitores con motivo de la maternidad y paternidad, deja algunas cuestiones sin proteger, como sucede con la regulación de los “traslados y la movilidad geográfica” donde no ampara a las personas trabajadoras con cargas familiares; deja esta protección y su regulación al convenio colectivo o al acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas de la empresa con los representantes de los trabajadores y trabajadoras, donde se podrán establecer prioridades de permanencia a favor del personal con cargas familiares³³³. Aunque el ET habla expresamente de los convenios colectivos, también en los Planes de Igualdad de las

y perjuicios, se fijase en ejecución de Sentencia. En la sentencia se señala que la no presentación de la candidatura de una trabajadora desempleada, en reciente baja por maternidad, no puede justificarse por su encaje en el concepto formal de "incapacidad temporal". En primer lugar, porque tal situación sólo está prevista para casos de preexistencia de relación laboral (artículo 45.1 c) ET), siendo así que en el presente caso no existía relación laboral entre la demandante y el INEM, sino una relación administrativa por la cual el citado Organismo quedaba obligado a facilitar el acceso al empleo. En segundo lugar, porque en este caso resulta irrelevante la incapacidad real para cumplir uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo, cual es la disponibilidad inmediata de la trabajadora para el empresario, puesto que la protección que el Derecho interno y el Derecho comunitario garantizan a la mujer embarazada y después del parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa para la que está empleada.

Contra esta Sentencia interpuso el Abogado del Estado recurso de apelación, que fue estimado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 21 de julio de 2003, que declaró ajustada a derecho la actuación del INEM. La cuestión que se plantea en la Sentencia del Tribunal Constitucional que se analiza, consiste en determinar si constituye una discriminación por razón de sexo, el hecho de que una Administración dedicada al fomento del empleo no presente, para una oferta de puestos de trabajo, a una desempleada inscrita en sus archivos que aparece como apta para desempeñar la actividad ofertada por el hecho de estar de baja por maternidad y no poder ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo, por ser el descanso obligado para la madre durante las seis semanas posteriores al parto. La Sentencia del Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado a la recurrente y declara que ha sido vulnerado su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer (artículo 14 CE), anulando la Sentencia de 21 de julio de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Granada).

³³² ORELLANA CANO, A.N.: " La protección de la maternidad y la paternidad. Especial referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los jueces y magistrados". *Cuadernos digitales de formación*, núm. 2, 2009, Edita Consejo del Poder Judicial, págs. 9-11

³³³ Art. 40.7 ET.

empresas pueden y de hecho algunos lo hacen, contemplar no cambiar de centro de trabajo que implique movilidad geográfica a las personas con responsabilidades familiares.

La decisión de traslado deberá ser notificada por la empresa a la persona trabajadora, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. El art. 40.1 ET³³⁴, determina los derechos de estas personas tras la notificación empresarial. El ET no brinda amparo a las personas con cargas familiares para no ser incluidas en los traslados con cambio de residencia, las opciones que brinda la legislación a estas personas son tres:

- a) Aceptar el traslado, percibiendo una compensación económica que incluye tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo.
- b) No aceptar el traslado y optar por la extinción de su contrato de trabajo, percibiendo con una indemnización de 20 días por año de servicio.
- c) Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación, si la persona trabajadora no ha optado por la extinción de su contrato, pero se muestra disconforme con la decisión empresarial puede impugnarla ante la jurisdicción social, que declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá su derecho a ser reincorporada al centro de trabajo de origen.

La empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de su personal que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual³³⁵. En este caso la persona trabajadora deberá ser informada del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses; a cambio la trabajadora o trabajador, tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento. Contra este desplazamiento temporal, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir en los mismos términos que para los traslados definitivos. Es en estos casos de traslados temporales donde probablemente saldrá más perjudicada la trabajadora con responsabilidades familiares, ya que le será

³³⁴ “Notificada la decisión del traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

³³⁵ Art. 40.6 ET.

más fácil al hombre con descendencia aceptar el traslado y dejar a la prole en su localidad habitual al cuidado de la madre. Mientras, en el caso de ser trasladada una mujer, esta aceptará el traslado o no en función de la implicación de su pareja en las tareas de crianza de la prole y las tareas domésticas.

Tampoco se advierte sensibilidad en la fórmula extintiva del art. 50 ET (extinción por voluntad del trabajador o trabajadora). Ya que no se prevé la posibilidad de extinciones indemnizadas en los casos en que se produzcan cambios en la organización empresarial que, injustificadamente, recaiga en personas con responsabilidades familiares (lo que les obliga a abandonar el trabajo)³³⁶. Con el añadido de que estas extinciones generan derecho a la indemnización correspondiente para el despido improcedente de mayor cuantía.

Por otra parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio, por la que se modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reforma el tratamiento de los permisos retribuidos para la asistencia, en los casos de adopción o acogimiento, o guarda con fines de adopción, a las reuniones, sesiones informativas y preparación del procedimiento previo a llevarse a cabo la adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción, reguladas actualmente en los arts. 37.3 f) ET y 48 e) EBEP. En ambos casos se ha querido equiparar las situaciones de la maternidad biológica, a las diferentes situaciones sociales que pueden darse como es el caso de la adopción y el acogimiento. Pues en el anterior precepto que antecede al nuevo art. 37.3.f ET decía: “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo”. Este artículo solo tenía en cuenta la maternidad biológica y no la maternidad/paternidad adoptiva y, en algunos casos, el acogimiento familiar³³⁷.

³³⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. Cit., pág. 68.

³³⁷ ROMERO CORONADO, M.A.: “Ley 26/2015, de 28 de julio: El nuevo permiso laboral para las familias en situaciones de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, enero 2016, págs. 326-327.

II. EQUIPARACIÓN DE EFECTOS DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La LGSS en su artículo 165 recoge las condiciones para causar derecho a las prestaciones de las personas incluidas en el campo de aplicación del Régimen General, estas deberán cumplir el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta. Asimismo deberán cumplir el requisito de cotización en aquellas prestaciones cuya concesión o cuantía esté subordinada al cumplimiento de determinados períodos de cotización, en este supuesto computaran las cotizaciones efectivamente realizadas y las expresamente asimiladas a ellas. Así, las cuotas correspondientes a la situación de maternidad y paternidad, serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a prestaciones³³⁸.

Igualmente, el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave³³⁹. Así, la Seguridad Social equipara las dos licencias (maternidad, paternidad), al considerar cotizaciones reales las de los días durante los que se perciben las prestaciones, y como cotizaciones ficticias en caso de desempleo y extinción del contrato.

1. Situación asimilada al alta

Las situaciones asimiladas al alta para el acceso a las prestaciones económicas por maternidad y paternidad son las establecidas por los artículos 4 y 24 del RD. 295/2009³⁴⁰. Son idénticas las situaciones para ambas prestaciones excepto en el caso de

³³⁸ Art. 165.3 LGSS.

³³⁹ Art. 165.6 LGSS.

³⁴⁰ Art. 4 y 24 RD 295/2009:

1ª La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo.

2ª El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de

las trabajadoras víctimas de violencia de género, donde en la prestación por maternidad, se considera asimilada al alta “*los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género*”; mientras que para el caso de la prestación por paternidad se establece que sean “*Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, cuando, en supuestos de adopción o acogimiento, el subsidio por maternidad sea percibido por el otro progenitor*”. Esta diferencia es lógica para incluir al otro progenitor que en caso de adopción o acogimiento puede ser la madre.

No tienen la consideración de situación asimilada al alta a efectos de la prestación por maternidad y paternidad, “*el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 LGSS*”³⁴¹; sin embargo si se considera como situación asimilada al alta para el resto de prestaciones. Dicho periodo de tiempo de excedencia considerado como de cotización efectiva del art. 180 de la anterior LGSS, y regulado en el art. 237 de la nueva LGSS son los tres años excedencia que se disfruten por razón del cuidado de hijos o hijas y el primer año por cuidado de otros familiares.

excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo, de acuerdo con lo establecido en los artículo 46.1 y 48.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3ª El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

4ª Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.

5ª La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.

6ª Trabajadoras víctimas violencia de género

7ª En el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

8ª El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas, regulados, respectivamente, en los artículos 11 y 12 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

9ª Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

³⁴¹ DA 4ª del RD 295/2009, de 6 de marzo.

Sin embargo, para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, si se consideran periodos de situación asimilada a la de alta y de cotización efectiva para las prestaciones de maternidad y paternidad, los periodos de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, de duración no superior a tres años. Ampliando su ámbito de aplicación en dos años para el caso de excedencias por cuidado de familiares.

En cuanto a las prestaciones por desempleo, será de aplicación el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad donde dispone que *“la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo”*³⁴².

2. En caso de trabajo a tiempo parcial

Las personas que trabajan a tiempo parcial son beneficiarias y tienen derecho a la prestación económica por maternidad y paternidad, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial³⁴³. Estas particularidades no son de aplicación a las personas contratadas a jornada completa que sin embargo, disfruten los periodos de descanso por maternidad o paternidad a tiempo parcial³⁴⁴.

Con la finalidad de facilitar a los progenitores que trabajan a tiempo parcial el cumplimiento del período mínimo de cotización, el RD ampliaba el período de referencia para su cómputo en proporción a la diferencia existente entre su jornada y la jornada habitual en la actividad correspondiente. Así venía establecido en sus artículos 5.5 y 23.1³⁴⁵ aunque estos artículos han sido derogados y actualmente están

³⁴² Art. 4. Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. (BOE, núm. 71, de 24 de marzo de 1995).

³⁴³ Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. (BOE, núm. 284, de 27 de noviembre de 2002).

³⁴⁴ Arts. 3.7 y 23.5 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁴⁵ Arts. 5.5. y 23.1 párrafo 2º RD 295/2009 derogado *“Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el*

contemplados los períodos de cotización necesarios en el art. 247 de la LGSS de 2015³⁴⁶.

Para determinar la base reguladora diaria del subsidio en caso de trabajar a tiempo parcial, esta será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión laboral, entre trescientos sesenta y cinco, días que tiene un año. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan³⁴⁷.

3. En caso de pluriempleo o pluriactividad³⁴⁸

En las situaciones de pluriempleo, la persona beneficiaria del derecho, podrá disfrutar de los descansos y prestaciones por maternidad y paternidad en cada uno de los empleos. En caso de paternidad, el Real Decreto matiza “*el trabajador podrá causar el*

período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual”.

³⁴⁶ Artículo 247 LGSS. *Cómputo de los periodos de cotización.* “A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas: a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación”.

³⁴⁷ Arts. 7.2 y 25.2. RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁴⁸ Arts. 3.6 y 23.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

*subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente periodo de descanso*³⁴⁹, esto es así porque para el padre la licencia por paternidad es voluntaria, por tanto accederá a la prestación si decide suspender su contrato por paternidad.

En estos casos de pluriempleo y pluriactividad el disfrute de los descansos y prestaciones por maternidad y paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectuará de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

En las situaciones de pluriactividad, podrán percibirse ambos subsidios (maternidad y paternidad) en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que reúnan los requisitos exigidos, pudiendo darse varias situaciones:

- a) Que la trabajadora o trabajador acredite las condiciones para acceder a la prestación por maternidad o paternidad en cada uno de los regímenes en los que cotiza. En ese caso tendrán derecho al reconocimiento de la prestación en cada uno de ellos.
- b) Que la trabajadora o trabajador acrediten las condiciones para acceder a la prestación por maternidad o paternidad solamente en uno de los regímenes en los que cotizan. En ese caso se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen.
- c) Que la trabajadora o trabajador no reúna los requisitos para acceder a la prestación por maternidad o paternidad en ninguno de los regímenes en los que cotiza. En ese caso se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se causará el subsidio en el régimen en que se acrediten más días de cotización. Aquí el Real Decreto hace una distinción en el caso de maternidad, si finalmente, aun totalizando las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconocerá, en caso de parto, el subsidio de naturaleza no contributiva.

Otra particularidad de la prestación por maternidad, es que en caso de disfrute compartido entre ambos progenitores del permiso de maternidad, deberá coincidir el número de días disfrutado en los dos empleos o actividades por la persona beneficiaria que se encuentra en pluriempleo o pluriactividad³⁵⁰.

³⁴⁹ Art. 23.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵⁰ Art. 3.6. RD 295/2009.

Por otra parte, para el cálculo de las prestaciones se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

Según los artículos 3.10 y 23.9 del Real Decreto se puede acceder a la prestación por maternidad o paternidad en un empleo o actividad y mantener el empleo o actividad en otro.

4. La licencia por maternidad y paternidad a tiempo parcial

En la DA 1ª del RD 295/2009, regula que los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad, podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, en los términos regulados en este real decreto y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos³⁵¹.

Para que puedan disfrutarse a tiempo parcial, tanto el permiso de maternidad como el de paternidad, será imprescindible el acuerdo previo entre la empresa y la persona trabajadora afectada. Con la única diferencia que en el caso de paternidad, la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50 por 100 de la correspondiente a una persona trabajadora a tiempo completo³⁵².

El acuerdo podrá celebrarse al inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo, excepto en el permiso por maternidad en caso de parto, pues la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que son de descanso obligatorio.

Asimismo, el derecho al permiso por maternidad a tiempo parcial, podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso.

³⁵¹ Sobre esta materia, puede verse, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La prestación económica derivada del permiso por maternidad a tiempo parcial”. *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, editorial Lexnova, núm. 6, 2002, págs. 5-20.

³⁵² DA primera 2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

Por otra parte, el disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad y de paternidad se ajustará a las siguientes reglas³⁵³:

- a) El periodo durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.
- b) El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora afectada, por iniciativa de ésta y debido a causas relacionadas con su salud o la persona menor.
- c) Durante el periodo de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, las personas trabajadoras no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

El tiempo en el que la persona trabajadora preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No se le aplicarán por tanto, las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial.

Si el progenitor es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo³⁵⁴.

Ambos permisos, maternidad y paternidad a tiempo parcial, serán incompatibles con el disfrute simultáneo, del permiso o reducción de jornada por lactancia natural y por nacimiento de hijo o hija prematura o que deba permanecer hospitalizada tras el parto, y de la reducción de jornada por guarda legal. Será asimismo incompatible con la excedencia por cuidado de familiares³⁵⁵.

Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los progenitores

³⁵³ DA primera 4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵⁴ DA primera 6 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵⁵ DA primera 7 RD 295/2009, de 6 de marzo.

deberán comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto³⁵⁶.

Cuando el disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad sea en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral³⁵⁷.

5. Progenitores con contrato para la formación

Cuando se trate de personas contratadas para la formación, se emitirá una resolución definitiva ya que su base reguladora será la equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente en ese momento³⁵⁸. “Este porcentaje resultaba adecuado a la normativa aplicable a los contratos de formación y aprendizaje en 2009, puesto que en esa fecha la duración mínima de la formación teórica era del 25%. Tal vez ya no resulta adecuada tras la reforma operada por la Ley 3/2012 puesto que esta norma establece que el 25% de formación teórica mínima solo se aplica el primer año, bajando al 15% en los años sucesivos³⁵⁹, con lo que se pierde la proporción que existía con anterioridad”³⁶⁰.

Tal y como establece el art. 11.2. f) ET, el tiempo de trabajo efectivo que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Por tanto, si la prestación por maternidad o paternidad se solicita durante el primer año de contratación se ajustaría el porcentaje de esta con el tiempo de trabajo, sin embargo, si sucede durante el segundo o tercer año, el tiempo trabajado será un 85% de la jornada y la prestación a recibir será de un 75% de la base mínima en ese momento.

³⁵⁶ DA primera 8 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵⁷ Art. 7.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵⁸ Arts. 7.4 y 25.4. RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵⁹ Art. 11.2 f) ET.

³⁶⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., págs. 79-80.

Esta desproporción entre porcentaje de jornada trabajada y prestación económica, no tiene justificación, más si se tiene en cuenta, que estos contratos se celebran con personas jóvenes (mayores de dieciséis y menores de veinticinco años) o con personas con discapacidad, o en colectivos en situación de exclusión social, donde el límite de edad no se aplicará³⁶¹. Por ende se está perjudicando a unos colectivos ya desfavorecidos de por sí, primero por sus salarios bajos, y segundo por sus circunstancias personales, unos por ser jóvenes (probablemente este sea su primer empleo) y otras por pertenecer a colectivos poco favorecidos como son las personas con discapacidad o en situación de exclusión social, que tienen que hacer frente a la maternidad/paternidad con pocos recursos económicos.

6. Maternidad, paternidad, incapacidad temporal y extinción del contrato³⁶²

6.1. Maternidad/paternidad-incapacidad temporal

Sí agotado el periodo de descanso por maternidad, la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se la considerará en situación de IT debida a enfermedad común³⁶³. En el caso del descanso por paternidad, si al finalizar este, el beneficiario se encontrase incapacitado para el trabajo, igualmente se le considerará en situación de IT³⁶⁴. Iniciándose en ambos casos (maternidad y paternidad) a partir de este momento, siempre que el progenitor cumpla con los requisitos exigidos, y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia (IT) y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso.

Durante el descanso por maternidad no procederá, excepto en el supuesto de percepción en régimen a tiempo parcial, el reconocimiento del derecho al subsidio por IT derivada de contingencias comunes o profesionales, sobrevenidas durante dicho periodo. Agotado éste, si la interesada necesitase asistencia sanitaria, se encontrara

³⁶¹ Art. 11.2. a) ET.

³⁶² Arts. 10, 17.5 y 27 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁶³ Art. 10.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁶⁴ Art. 27.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

impedida para el trabajo y cumplierse los requisitos exigidos, se iniciará la situación de IT que corresponda³⁶⁵.

Cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad/paternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de IT, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación. En tal caso, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio. Si se trata de una persona trabajadora por cuenta propia, la base reguladora del subsidio por IT, en su caso, se reducirá en un 50 por 100. En este supuesto si, agotado el subsidio (por maternidad/paternidad) la persona trabajadora continúa en situación de IT, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que corresponda 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.

6.2. Maternidad/paternidad-extinción del contrato

Si se hubiera extinguido el contrato de trabajo durante el disfrute del descanso por maternidad o paternidad la persona interesada seguirá percibiendo la prestación hasta su extinción, pasando entonces, a la situación legal de desempleo y a percibir, si procede, la prestación por desempleo y, en su caso, la prestación por IT.

6.3. Incapacidad temporal-maternidad/paternidad

Los procesos de IT iniciados antes del parto y sin que la trabajadora hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán hasta el momento del parto, dejando a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del parto comenzará el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido el permiso por maternidad, la anterior situación de IT persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido, aun cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo³⁶⁶.

³⁶⁵ Art. 10.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁶⁶ Art. 10.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

En el supuesto de paternidad, en el ámbito de aplicación del ET, los procesos de IT iniciados antes de la suspensión por paternidad, se mantendrán hasta el momento de inicio del descanso, dentro del periodo establecido en el artículo 26 del RD (para nacimiento del derecho). Una vez percibido el subsidio por paternidad, de persistir la IT anterior, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente a esta contingencia. En el ámbito de aplicación del EBEP, los procesos de IT se interrumpirán y se iniciarán los permisos de paternidad a partir de la fecha del nacimiento del hijo o hija, de su alta hospitalaria, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución por la que se constituya la adopción. Si transcurridos estos permisos, la anterior situación de IT persistiera, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente a esta contingencia³⁶⁷.

Si la persona interesada se encontrara en la prórroga de efectos de la situación de IT prevista en el artículo art. 174.3 de la LGSS, podrá causar la prestación por maternidad a partir de la fecha del parto, o la prestación por paternidad, si reúne los requisitos exigidos para ello, interrumpiéndose el cómputo de la situación de prórroga, que se reanuda, si procede, una vez extinguido el subsidio. En estos casos no se paralizará el procedimiento que, en su caso, se hubiera iniciado, a efectos de declarar la existencia de una incapacidad permanente. No obstante, el reconocimiento del derecho a una pensión derivada de dicha incapacidad extinguirá el subsidio por maternidad/paternidad.

6.4. Incapacidad temporal-Maternidad/paternidad-extinción del contrato

En los casos de extinción del contrato de trabajo de una persona trabajadora que ve interrumpida su situación de IT derivada de contingencias comunes o profesionales, por pasar a la situación de descanso por maternidad/paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª) Si la extinción se produce una vez iniciado el descanso por maternidad/paternidad, se mantendrá el percibo de la prestación hasta el término de tal situación. De igual modo, si la extinción se produce durante el disfrute de periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá

³⁶⁷ Art. 27.2 RD 295/2009, de 6 de marzo.

en su totalidad el subsidio. Una vez finalizado el descanso si persistiera la situación de IT, se reanuda el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente.

En el caso de la prestación por maternidad, si el otro progenitor ya estuviese disfrutando un periodo de descanso, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, el subsidio que le correspondiese se mantendrá en los términos en que lo estuviere percibiendo. Ya que tras la reforma hecha por la LOI es compatible la prestación de IT en uno de los progenitores con la prestación de maternidad en el otro.

“El principal problema de esta formulación es, que al quedar condicionada la transferencia de la madre al padre el inicio del periodo de descanso, impide que se produzca la transferencia en los casos en que la incapacidad temporal haya surgido con posterioridad al descanso por maternidad de la madre, sin que ésta lo hubiera previsto para operar la correspondiente transferencia en el momento inicial. La madre tendrá que continuar con el disfrute de la suspensión/prestación por maternidad, sin posibilidad de transferencia al padre”³⁶⁸.

2ª) Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad/paternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la IT y el abono del subsidio correspondiente, que se sustituirá desde el día de inicio de la situación de maternidad/paternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última.

También se causará derecho a la prestación económica por maternidad/paternidad cuando entre la extinción de la IT por alta médica y el inicio de la situación por maternidad/paternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por IT y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla.

3ª) Si la extinción del contrato de trabajo de cualquiera de los progenitores se produce antes del inicio del descanso por maternidad, el subsidio que, en su caso,

³⁶⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., págs. 166-167.

corresponda se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos, en régimen de jornada a tiempo parcial³⁶⁹.

6.5. Interrupción prestación maternidad por hospitalización del neonato-incapacidad temporal

Cuando se haya interrumpido la percepción del subsidio por maternidad, en los casos de partos prematuros y en aquellos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, una vez reanudada la prestación de servicios o la actividad, si la persona beneficiaria iniciase un proceso de IT, dicho proceso quedará interrumpido por el alta hospitalaria del neonato, con la consiguiente reanudación del subsidio por maternidad. Sin embargo, si una vez extinguido el subsidio por maternidad, persiste la situación de IT, se reanudará el subsidio correspondiente a esta última contingencia que había sido interrumpido³⁷⁰.

6.6. Maternidad/paternidad-desempleo

Cuando la persona trabajadora se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante la misma se extinga su contrato pasando a encontrarse en situación legal de desempleo, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso, no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad³⁷¹. Esta es una novedad introducida por la LOI³⁷², ya que con anterioridad a esta norma se descontaba como tiempo consumido de la prestación de desempleo el tiempo que la trabajadora hubiera estado en situación de maternidad.

³⁶⁹ Art. 10.4 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁷⁰ Art. 10.6 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁷¹ Art. 284.1 LGSS.

³⁷² Apartado quince de la disposición adicional decimoctava de la Ley Orgánica. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por otra parte, cuando la persona trabajadora esté percibiendo la prestación por desempleo y pase a la situación de maternidad o paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda³⁷³.

7. La prestación por maternidad y paternidad en los Regímenes Especiales y Sistemas Especiales del Régimen General

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social se encuentran integrados los Regímenes Especiales de artistas, profesionales taurinos y representantes de comercio.

Entre las peculiaridades de estos Regímenes Especiales para causar derecho a las prestaciones por maternidad y paternidad están: para “el colectivo de artistas y de profesionales taurinos” que su base reguladora será el promedio diario que resulte de dividir por 365 la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante, o el promedio diario del periodo de cotización que se acredite, si éste es inferior a un año. Sin embargo, el promedio diario que resulte nunca podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a su categoría profesional³⁷⁴.

Igualmente están integrados el Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Empleados de Hogar, que han pasado a ser un Sistema Especial del Régimen General.

7.1. Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios

Las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el Régimen Especial Agrario (en adelante REA), así como los empresarios o empresarias a los que prestan sus servicios, están integrados desde el 01-01-12³⁷⁵, en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema especial para dichas personas trabajadoras, por ello tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social

³⁷³ Art. 283.2 LGSS.

³⁷⁴ Art. 7.5 y 25.5 RD. 295/2009, de 6 de marzo.

³⁷⁵ Art. 1. Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por el que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 229, de 23 de septiembre de 2011).

en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General, aunque con algunas particularidades.

Entre estas particularidades se encuentra la responsabilidad de las personas trabajadoras por cuenta ajena agrarias en el ingreso de las cotizaciones correspondientes durante los períodos de inactividad, pues es la propia persona trabajadora la responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y del ingreso de las cuotas correspondientes durante los mismos³⁷⁶.

Asimismo, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas será necesario que se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables³⁷⁷. Así durante los períodos de inactividad, la acción protectora del Sistema Especial incluirá las prestaciones por maternidad y paternidad³⁷⁸.

La otra particularidad es que, por el contrario, durante los períodos de actividad en las labores agrarias, la empresa será la responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar³⁷⁹. Así durante las situaciones de IT, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, así como de maternidad y paternidad causadas durante los períodos de actividad, la empresa deberá ingresar únicamente las aportaciones a su cargo y las aportaciones a cargo de la persona trabajadora serán ingresadas por la entidad que efectúe el pago directo de las prestaciones³⁸⁰.

7.2. Sistema especial para Empleados de Hogar

Desde el 01-01-2012 el Régimen Especial de Empleados de Hogar también está integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichas personas trabajadoras, quienes tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General, con las peculiaridades que se determinan reglamentariamente en la

³⁷⁶ Art. 255.3 a) LGSS.

³⁷⁷ Art. 256.2 LGSS.

³⁷⁸ Art. 256.3 LGSS.

³⁷⁹ Art. 255.2 a) LGSS.

³⁸⁰ Art. 255.4 a) LGSS.

Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social³⁸¹.

En este sistema especial la obligación de dar de alta y cotizar corresponde siempre al empleador o empleadora; y en caso de que la persona trabajadora preste servicio en varios hogares, corresponderá a cada uno de los diferentes empleadores o empleadoras. No obstante, con la aprobación de la Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social³⁸², se añade un artículo nuevo, 34 bis, al RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social³⁸³, así las personas contratadas como empleadas de hogar que presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador o empleadora y que hubiesen acordado con esta última la obligación en materia de encuadramiento en el sistema, serán el sujeto responsable de la obligación de cotizar. En este caso, quienes trabajan pocas horas (como máximo 14 horas semanales) deberán formular directamente en la Tesorería General de la SS, su afiliación y alta, aunque estas deberán de ir firmadas por la persona empleadora que los contrata. Al mismo tiempo serán responsables del pago de su cotización, así la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar corresponderá a la persona empleada (principalmente mujeres) y, subsidiariamente, a la persona o personas empleadoras³⁸⁴. En este supuesto durante las situaciones de maternidad y paternidad, la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social a la que corresponda el pago del subsidio descontará del mismo el importe de la totalidad de la cotización a la Seguridad Social que proceda³⁸⁵.

³⁸¹ Disposición adicional trigésima novena. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

³⁸² Art. 3 Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE, núm. 314 de 31 de diciembre de 2012).

³⁸³ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. Art. 34 bis, 2 “*el empleado de hogar que preste sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador y que hubiera acordado con este último la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento en este sistema especial, será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar a dicho sistema, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales*”.

³⁸⁴ Art. 34 bis 2. Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

³⁸⁵ Art. 34 bis 3. Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

8. La prestación por maternidad/paternidad en los Regímenes Especiales

Dentro del sistema de la Seguridad Social se encuentran los Regímenes Especiales: el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el Régimen Especial de la Minería del Carbón y el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Los requisitos generales para causar derecho a las prestaciones por maternidad y paternidad en estos Regímenes Especiales, son estar en alta o en situación asimilada al alta en el Régimen correspondiente y estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos.

En el caso de quienes sean responsables del ingreso de las cotizaciones, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones (maternidad contributiva, maternidad no contributiva y paternidad) que las personas interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, excepto en el caso de maternidad no contributiva³⁸⁶.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos³⁸⁷, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que la persona interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause éste.

Por otra parte, el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal

³⁸⁶ Arts. 3.8, 23.6 y 15 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁸⁷ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE, núm. 221, de 15 de septiembre de 1970). Art. 28.2 “*si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adecuadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un veinte por ciento, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas*”.

en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración³⁸⁸, añade los párrafos tercero y cuarto al apartado 8 del art. 3 del RD 295/2009 a efectos de reconocer el derecho al subsidio, así las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante y los dos meses previos a aquel, cuyo ingreso aún no conste en los sistemas de información de la Seguridad Social, se presumirán ingresadas. La entidad gestora efectuará posteriormente las comprobaciones necesarias para verificar el ingreso de dichas cotizaciones. De no ser así, procederá a la suspensión inmediata de la prestación y al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Por otra parte, cuando a la persona interesada se le haya considerado al corriente en el pago de las cotizaciones a efectos del reconocimiento de una prestación, en virtud de un aplazamiento en el pago de las cuotas adeudadas, pero posteriormente incumpla los plazos o condiciones de dicho aplazamiento, perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago³⁸⁹ y, en consecuencia, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación reconocida que estuviere percibiendo, la cual solamente podrá ser rehabilitada una vez que haya saldado la deuda con la Seguridad Social en su totalidad. A tal fin, la Entidad Gestora de la prestación podrá deducir de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada³⁹⁰.

En cuanto a las prestaciones por maternidad y paternidad en el Régimen Especial de trabajadores del Mar se reconocen en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la SS, con la única salvedad, que estas se tramitan por el ISM (Instituto Social de la Marina) y no por el INSS.

³⁸⁸ Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, (BOE, Núm. 176, de 21 de julio de 2014). Disposición final segunda uno. *“A efectos de reconocer el derecho al subsidio, las cotizaciones correspondientes al mes del hecho causante y los dos meses previos a aquel, cuyo ingreso aún no conste en los sistemas de información de la Seguridad Social, se presumirán ingresadas. En estos supuestos, la entidad gestora efectuará posteriormente las comprobaciones necesarias para verificar el ingreso puntual y efectivo de dichas cotizaciones. De no ser así, se procederá a la suspensión inmediata de la prestación y al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.*

Lo previsto en el párrafo anterior será de aplicación siempre que el trabajador acredite el período mínimo de cotización exigible, sin computar el período de hasta tres meses referido en el mismo. En caso de no acreditarse el período mínimo de cotización exigible, deberá justificarse el ingreso de las cotizaciones correspondientes que aún no conste en los sistemas de información de la Seguridad Social”.

³⁸⁹ Art. 31.3 Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. (BOE núm. 153 de 25 de Junio de 2004).

³⁹⁰ Art. 37.a) LGSS.

8.1. Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

Las personas incluidas en el RETA tienen derecho a la prestación por maternidad y paternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para las del Régimen General, aunque con algunas peculiaridades:

La primera, podrán disfrutar del descanso por “maternidad y paternidad a tiempo parcial”, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo puede hacerse en un 50%. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos, las personas interesadas deberán comunicar a la Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva; no existe la posibilidad de hacerse en un momento posterior, en contraste con quienes trabajan por cuenta ajena que pueden solicitarla con posterioridad a la solicitud de la prestación. El disfrute del permiso será ininterrumpido y sólo podrá modificarse a iniciativa de la persona trabajadora y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor³⁹¹.

La segunda, las personas trabajadoras pertenecientes al RETA, con excepción de los incluidos en el Sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios y de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, presentarán, “si la Entidad Gestora lo estima conveniente”, una “declaración de situación de actividad”³⁹² en el modelo oficial existente a tal efecto, sobre la persona que durante el descanso va a gestionar directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular, o en su caso, declarar que va a proceder al cese temporal o definitivo en la actividad desarrollada³⁹³.

El plazo de presentación de la declaración de situación de actividad es de 15 días³⁹⁴, siguientes a la fecha del parto, o de la fecha de la resolución administrativa o

³⁹¹ DA primera 8 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁹² Art. 14.8 y art. 30.5 RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁹³ Disposición Adicional Decima del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994. (BOE, núm. 313, de 31 diciembre 1993).

³⁹⁴ Resolución de 1 de marzo de 1994, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre cumplimiento por los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de la obligación

judicial mediante la que se constituye el acogimiento o la adopción. Si el inicio del descanso por maternidad se ha iniciado con anterioridad al parto, el plazo se contará a partir de la fecha del inicio de dicho descanso. Para el permiso por paternidad el plazo se empieza a contar a partir de la fecha de inicio del descanso.

La falta de presentación de la declaración en plazo produce los siguientes efectos:

- a) La suspensión en el inicio del pago de la prestación como medida cautelar³⁹⁵, y así manifiesta la STSJ de la Rioja, núm. 339/2002, de 28 de noviembre³⁹⁶, pudiendo iniciar de oficio la entidad gestora actuaciones para verificar la situación en la que queda el establecimiento del que es titular la persona beneficiaria de la prestación³⁹⁷.
- b) Si como consecuencia de estas actuaciones administrativas, la entidad gestora dedujese el carácter indebido de la prestación que se hubiese comenzado a percibir, procederá a realizar las actuaciones precisas para el “reintegro” de la misma³⁹⁸.

establecida en la Disposición Adicional 10.^a del Real Decreto 2.319/1993, de 29 de diciembre. (BOE núm. 55 de 05 de Marzo de 1994). Artículo Segundo.

³⁹⁵ Resolución de 1 de marzo de 1994, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre cumplimiento por los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de la obligación establecida en la Disposición Adicional 10.^a del Real Decreto 2.319/1993, de 29 de diciembre. Art. cuarto. *“La falta de la declaración a la que se refiere esta Resolución o su presentación extemporánea originará la suspensión cautelar de la prestación como consecuencia de la infracción cometida conforme a lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones de Orden Social”*.

³⁹⁶ Véase STSJ de La Rioja, núm. 339/2002, de 28 de noviembre. Recurso de suplicación núm. 295/2002. Donde una trabajadora autónoma con fecha 26 de febrero de 2002, presentó ante el INSS solicitud de prestación de maternidad y declaración de situación de la actividad, siendo la fecha de inicio del descanso el anterior día 5 de noviembre de 2001. Mediante resolución del INSS se le notifica la iniciación de un procedimiento sancionador, acordando la suspensión cautelar de la prestación. Formuladas alegaciones el INSS reconoce a la actora el derecho a percibir la prestación por maternidad, si bien, le impone la sanción de pérdida de la prestación durante el primer mes, por no presentar la declaración de actividad en los 15 días siguientes a la iniciación del proceso de maternidad. Contra esta resolución administrativa presenta demanda judicial la actora, condenando el Juzgado de lo Social núm. 1 de La Rioja al INSS y a la TGSS a abonarle la prestación íntegra. Dichos organismos interponen recurso de suplicación, siendo estimado por el TSJ de la Rioja, que fundamenta su fallo en que “es deber de la propia trabajadora autónoma que se encuentra en situación de descanso por maternidad, presentar en el plazo de quince días desde el inicio de la situación, en el INSS, declaración sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento, o en su caso, de cese temporal o definitivo de la actividad, a fin de que la Administración pueda verificar la situación en la que queda el establecimiento del que es titular durante la situación de descanso por maternidad”.

³⁹⁷ Artículo duodécimo Requisitos. Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. (BOE núm. 253 de 22 de Octubre de 2003).

³⁹⁸ Art. 64.1. Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. (BOE, núm. 234 y 235, de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1970).

Tercera, en el caso de “trabajadoras víctimas de violencia de género”, cuando estas cesan en su actividad para hacer efectiva su protección, queda suspendida la obligación de cotizar durante un período de 6 meses, que son considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones (incluida la de maternidad), considerándose su situación como asimilada al alta. La base reguladora para el cálculo de la prestación por maternidad, será la base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas en los 6 meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar³⁹⁹.

Cuarta, si estando la trabajadora o trabajador autónomo en situación de maternidad o paternidad, se produce el “cese en la actividad”, seguirá percibiendo la prestación hasta que se extinga; extinguida ésta, podrá solicitar, la protección por cese de actividad y siempre que reúna los requisitos exigidos, el derecho a la prestación económica por cese nacerá al día siguiente al de la extinción de la prestación por maternidad o paternidad⁴⁰⁰.

Si durante la percepción de la prestación económica por cese de actividad la persona beneficiaria se encuentra en situación de maternidad o paternidad, se interrumpe la prestación y la cotización a la Seguridad Social y pasará a percibir la prestación que por estas contingencias le corresponda gestionada por su órgano gestor (INSS o ISM). Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, el órgano gestor de dicha prestación lo comunicará al órgano gestor de la protección por cese de actividad (generalmente una mutua de AT y EP) que reanudará, de oficio, el abono de la prestación económica por cese de actividad hasta el agotamiento del período de duración al que tenga derecho⁴⁰¹.

Respecto “al TRADE, la maternidad y la paternidad se consideran causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad” (art. 16.1. d) LETA), por tanto, la extinción del contrato por voluntad del cliente durante estas situaciones se consideraría injustificada, y el TRADE tendría derecho a una indemnización por daños y perjuicios⁴⁰². Sin embargo, la ley introduce una excepción a esta regla en su art. 16.3

³⁹⁹ Art. 21.5 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE, núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004).

⁴⁰⁰ Art. 343.2 LGSS.

⁴⁰¹ Art. 343.4 LGSS.

⁴⁰² Art. 15.3 LETA.

al establecer que cuando en los supuestos de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, la interrupción ocasione *“un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato”*. Es decir, que si la interrupción perturba el normal desarrollo de la actividad, cosa que con toda seguridad sucederá, pues el progenitor cesará su actividad a consecuencia de su maternidad o paternidad, -a no ser que contrate a otra persona que lo sustituya-, lo que significa que la trabajadora o trabajador por cuenta propia no tendrá derecho a indemnización alguna.

Otra particularidad del RETA, son “las situaciones asimiladas a la de alta de las personas trabajadoras que causen baja en este régimen especial”, pues quedan en situación asimilada a la de alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener otros beneficios de la acción protectora⁴⁰³. Y en el caso concreto de la acción protectora de la maternidad, las autónomas estarían en situación asimilada al alta dentro de los 90 días posteriores al cese en su actividad, aunque esta venga precedida de una situación de IT, como así ha manifestado en reiteradas sentencias el Tribunal Supremo, STS 5089/2008⁴⁰⁴, 3548/2009⁴⁰⁵ y STS 4800/2009⁴⁰⁶; en las tres sentencias el TS desestima el recurso interpuesto por el INSS. En los tres casos se trata de trabajadoras autónomas que estando embarazadas causan baja por IT, situación que enlazan con la de maternidad, tras haberse dado días antes (menos de 90), de baja en el RETA. En los tres supuestos el INSS denegó las prestaciones por maternidad por no encontrarse las trabajadoras en situación asimilada al alta al tiempo del hecho causante. No obstante, el TS entiende que al existir en el RETA una situación asimilada al alta específica de dicho régimen conduce entender esta singular situación a los efectos de causar derecho al subsidio por maternidad.

Por otra parte, “el reconocimiento legal, a la mujer emprendedora, del descanso por maternidad a tiempo parcial, la posibilidad de transferir al otro progenitor una parte del descanso, además del reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión

⁴⁰³ Art. 29.1. Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

⁴⁰⁴ STS 5089/2008, de 25 de junio de 2008, núm. Recurso 3432/2007.

⁴⁰⁵ STS 3548/2009, de 12 de mayo de 2009, núm. Recurso 3764/2008.

⁴⁰⁶ STS 4800/2009, de 22 de junio de 2009, núm. Recurso 2390/2008.

Europea del permiso de lactancia al padre asalariado cuando la madre es autónoma, constituyen pasos muy importantes en el camino hacia la profundización en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la igualdad de oportunidades de las autónomas, el reconocimiento de los derechos de conciliación laboral y familiar de la mujer emprendedora, y el acercamiento de la acción protectora del RETA a la del General en esta materia”⁴⁰⁷.

8.1.1. Las cónyuges de los autónomos como colaboradoras del negocio familiar

Según la Directiva 2010/41/EU, de 7 de julio de 2010, a fin de tener en consideración las peculiaridades de las actividades autónomas, las trabajadoras autónomas y las cónyuges o, cuando y en la medida en que estén reconocidas en el Derecho nacional, las parejas de hecho de los trabajadores autónomos, deben tener acceso a cualquier servicio existente que facilite una sustitución temporal que posibilite las interrupciones de su actividad profesional a causa de embarazo o maternidad. El acceso puede ser una alternativa al subsidio por maternidad o complementarlo⁴⁰⁸.

En cuanto a la cobertura dada para las trabajadoras autónomas, la Directiva establece un marco para hacer aplicable el principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma⁴⁰⁹. Siendo aplicable a los trabajadores autónomos, o sea, todas las personas que ejerzan una actividad lucrativa por cuenta propia; los cónyuges de los trabajadores autónomos o, cuando en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional, las parejas de hecho; que participen de manera habitual en las actividades del trabajador autónomo, efectuando, bien las mismas tareas, bien tareas auxiliares⁴¹⁰.

Así la Directiva dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que a las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho,

⁴⁰⁷ LÓPEZ ANIORTE, M.C. y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M.: “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”. Cit., págs. 100-101.

⁴⁰⁸ Directiva 2010/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L180/1, de 15 de julio de 2010).

⁴⁰⁹ Art. 1 Directiva 2010/41/EU, de 7 de julio de 2010.

⁴¹⁰ Art. 2 Directiva 2010/41/EU, de 7 de julio de 2010.

se les pueda conceder un subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad durante por lo menos 14 semanas⁴¹¹. Esta directiva quiere garantizar los derechos relacionados con la maternidad de las mujeres que ayudan a sus cónyuges en el negocio familiar y mejorar la situación de las cónyuges de los trabajadores autónomos, teniendo en cuenta su participación en el negocio familiar deben beneficiarse de la protección social. La vulnerabilidad económica de las trabajadoras autónomas embarazadas y de las cónyuges embarazadas (o en su caso, las parejas de hecho embarazadas) de los trabajadores autónomos, exige que se les conceda el derecho a las prestaciones por maternidad. Siendo la duración de esta prestación idéntica a la de los trabajadores por cuenta ajena.

En nuestra legislación ya existe la figura del autónomo colaborador que está incluida en el RETA, así el art. 3.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos⁴¹², reconoce como familiar colaborador al “cónyuge”, sin embargo, no dice nada respecto al caso de las parejas de hecho.

Por tanto, la incorporación de la cónyuge al RETA es obligatoria, debiendo causar alta en la Seguridad Social como autónoma colaboradora, mediante la presentación de la correspondiente solicitud de alta en el régimen especial de autónomos. Por ello, tendrá derecho en igualdad de condiciones que el resto de autónomas al permiso por maternidad, cuestión diferente, es que estas mujeres que colaboran en el negocio del que es titular su marido se den de alta y coticen. Igualmente, es trasladable al caso de que sea el marido quien colabora en el negocio familiar del que es titular su esposa, igualmente tendrá que estar dado de alta y podrá optar al permiso por paternidad.

8.2. Régimen Especial de la Minería del Carbón

En el Régimen Especial de la Minería del Carbón, la prestación por maternidad y paternidad se reconoce en los mismos términos y condiciones que en el Régimen

⁴¹¹ Art. 8 Directiva 2010/41/EU, de 7 de julio de 2010.

⁴¹² Art. 3.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. “*El cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, de los trabajadores por cuenta propia que de forma habitual, personal y directa colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquellos*”.

General de la Seguridad Social, salvo por la particularidad, de que la base reguladora del subsidio es la base normalizada que corresponda en cada momento a la trabajadora o trabajador, según la categoría profesional que tuviera al iniciarse dicha situación.

La normalización se refiere a años naturales y establece la base de cotización aplicable a cada categoría, grupo profesional y especialidad profesional dentro del ámbito territorial de cada una de las zonas mineras. Para ello se tendrán en cuenta las remuneraciones percibidas o que hubieren tenido derecho a percibir las personas trabajadoras, computables a efectos de cotización para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, durante el ejercicio anterior, sin aplicación del tope máximo de cotización⁴¹³.

En las situaciones de maternidad y paternidad, en las que subsista la obligación de cotizar en este Régimen Especial, la base normalizada de cotización para contingencias comunes será la que corresponda, en cada momento, a la categoría o especialidad profesional que tuviera la persona trabajadora en la fecha en que se inicien esas situaciones⁴¹⁴.

9. Incompatibilidad de los subsidios

La percepción del subsidio por maternidad y paternidad es incompatible con el abono de salarios o retribuciones correspondientes al mismo período, con excepción de las percepciones concedidas en concepto de acción social o las complementarias de la prestación de Seguridad Social. Todo ello, sin perjuicio de las especialidades en los supuestos de disfrute del descanso a tiempo parcial y en los casos de pluriempleo y pluriactividad donde sí se podrá compatibilizar el cobro de un salario y la prestación⁴¹⁵.

En cuanto a la prestación por paternidad el Real Decreto en su art. 23.9 amplía expresamente la incompatibilidad entre la percepción de un salario y la percepción del subsidio por paternidad a los supuestos previstos en la DA sexta de la Ley 2/2008, de 23

⁴¹³ Art. 57.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

⁴¹⁴ Art. 58.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

⁴¹⁵ Arts. 3.10 y 23.9 RD 295/2009, de 6 de marzo.

de diciembre, de ampliación de la suspensión por paternidad en familias numerosas hasta 20 días.

10. Resolución y modificación de la Base Reguladora

El subsidio por maternidad contributiva y no contributiva, y el subsidio por paternidad podrán reconocerse por el INSS mediante resolución provisional con la última base de cotización que conste en su base de datos, hasta que no esté incorporada la base de cotización de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda⁴¹⁶. Excepto cuando se trate de personas con un contrato para la formación, donde la resolución será definitiva ya que para estas la base reguladora para el cálculo de la prestación por maternidad y paternidad es la equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente.

Excepcionalmente, la base reguladora de los subsidios de maternidad y paternidad se modificarán en los siguientes casos:

a) Cuando se modifique la base mínima de cotización aplicable en el régimen de que se trate, para actualizar su cuantía a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima para la prestación por maternidad contributiva y paternidad.

b) Cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad o paternidad. Con una salvedad, en el caso del subsidio por maternidad no contributiva si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

c) Cuando para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes

⁴¹⁶ Arts. 7.3, 16.2 y 25.3 RD 295/2009, de 6 de marzo. En este sentido debe tenerse en cuenta el artículo 179 de la LGSS 2015, que dispone que solo es preciso recalcular el subsidio mediante resolución provisional y, por tanto emitir resolución definitiva, cuando la base de cotización del mes inmediatamente anterior al inicio del descanso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional.

correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, por maternidad contributiva, no contributiva, y paternidad⁴¹⁷.

11. Denegación, anulación y suspensión del derecho⁴¹⁸

El derecho al subsidio por maternidad (contributiva y no contributiva), así como el subsidio por paternidad, podrá ser denegado, anulado o suspendido:

- a) Cuando la persona beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la persona beneficiaria trabaje por cuenta propia o ajena durante los correspondientes periodos de descanso, salvo si se trata de la percepción del subsidio en régimen de jornada a tiempo parcial o en el caso de pluriempleo y pluriactividad. Los periodos de percepción del subsidio se corresponderán con los periodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio.

12. Tramitación de las prestaciones

12.1. La gestión de las prestaciones

Las prestaciones económicas por maternidad (contributiva y no contributiva), y paternidad son gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), excepto para las personas trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, cuya gestión corresponderá al Instituto Social de la Marina (ISM)⁴¹⁹.

El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora que corresponda (INSS o ISM), sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. A diferencia de otras prestaciones como por ejemplo la IT, para la cual se establece la obligación de pago delegado por parte de la empresa contratante, para las prestaciones por maternidad y paternidad, nuestra legislación ha

⁴¹⁷ Arts. 7.8, 16.3 y 25.6 RD 295/2009, de 6 de marzo.

⁴¹⁸ Arts. 11, 18 y 28 RD 295/2009, de 6 de marzo.

⁴¹⁹ Arts. 12, 19 y 29 RD 295/2009, de 6 de marzo.

establecido un sistema de pago directo por la Seguridad Social, el cual reduce el gasto empresarial a no tener que adelantar el pago de la prestación, ya que esto tendría unas repercusiones negativas a efectos laborales, para ambos progenitores, pero especialmente en el caso de las madres trabajadoras, por ser un permiso de mayor duración, por tanto más gravoso para la empresa.

La gestión directa de la maternidad por el INSS se estableció por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social⁴²⁰. Anteriormente, cuando la ley 3/1989 abrió la limitada posibilidad de disfrute paterno de la suspensión por maternidad, estableció la gestión directa por parte del INSS, puesto que estaba claro en este caso que no se trataba de una variedad de la prestación de incapacidad temporal. Sin embargo, la prestación de maternidad disfrutada por la madre todavía era una modalidad de la prestación de incapacidad temporal y, como tal, hasta 1994 se abonaba por medio de pago delegado de la empresa. Cuando la Ley 42/1994 desvinculó definitivamente la prestación de maternidad de la prestación de incapacidad temporal aprovechó para unificar la gestión de toda la maternidad, independientemente del género del beneficiario⁴²¹.

El pago del subsidio por maternidad contributiva y no contributiva se realizará por periodos vencidos. En la prestación por maternidad contributiva, en el supuesto del subsidio especial, en caso de parto múltiple, este será abonado en un solo pago al término del periodo de seis semanas posteriores al parto y, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción⁴²². Por el contrario, el subsidio por paternidad se abonará en un único pago, aun cuando no haya finalizado el disfrute del periodo de descanso o permiso correspondiente⁴²³. Esto es así, ya que al tratarse de un permiso de duración inferior a un mes no cabe la posibilidad de cobrarlo por mensualidades.

Por otra parte, en el momento de hacer efectivos los subsidios, el INSS deducirá del importe de los mismos, la cuantía a que asciende la suma de las

⁴²⁰ Art. 38. Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁴²¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La prestación de maternidad*, cit., pág. 142.

⁴²² Art. 12.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

⁴²³ Art. 29.3 RD 295/2009, de 6 de marzo.

aportaciones de la persona trabajadora relativas a las cotizaciones a la Seguridad Social, desempleo y formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la TGSS. La empresa estará obligada a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso, procedan. Asimismo la entidad gestora deducirá la retención por IRPF correspondiente según la situación del progenitor.

12.2. La solicitud de la prestación económica y resolución de la misma

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y paternidad se inicia a instancia de la persona interesada, mediante solicitud dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, de la provincia en que tenga su domicilio⁴²⁴.

Las solicitudes se formularán en los modelos normalizados establecidos por la Administración de la Seguridad Social. En las solicitudes se indicará el motivo de las mismas, la fecha de inicio de la suspensión o permiso, y en el caso de que el permiso por maternidad vaya a ser compartido por los progenitores, la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de ellos, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de personas que trabajan por cuenta ajena.

Asimismo, a la solicitud deberán acompañarse una serie de documentos tales como: el libro de familia que acredite la filiación del menor, el certificado de empresa que acredite las bases de cotización para el cálculo de la prestación, etc., además en el caso de la prestación por maternidad por parto se exige que la trabajadora aporte un informe de maternidad expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud, cuando la entidad gestora no disponga de él.

El informe de maternidad será expedido por el personal facultativo del Servicio Público de Salud que atienda a la trabajadora embarazada y en él certificará, según los casos, la fecha probable del parto, cuando la trabajadora inicie el descanso con

⁴²⁴ Arts. 14.1, 21.1 y 30.1 RD 295/2009, de 6 de marzo.

anterioridad a aquél, o la fecha del parto. Y el fallecimiento del hijo o hija, tras la permanencia en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días⁴²⁵. El informe constará de un original y tres copias⁴²⁶.

Por otra parte, si bien el Real Decreto establece la exigencia de solicitud, en sus artículos 14.5, 21.6 y 30.4 dispone que *“la Entidad Gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio (por maternidad y paternidad) cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada o interesado dicha circunstancia en el plazo de 15 días contados desde el día siguiente al del hecho causante”*. La Entidad Gestora dispondrá de los datos suficientes, si previamente, se ha realizado la transmisión informática de los informes de maternidad por parte de los Servicios Públicos de Salud y la comunicación informática de los Registros Civiles sobre los nacimientos, adopciones y fallecimientos que se inscriban en ellos, que se mencionan en las Disposición Adicionales 5ª y 6ª del Real Decreto⁴²⁷. Esto quitaría una carga burocrática a los progenitores, en lo referente a la aportación de documentación tal como el informe de maternidad o el libro de familia, pero quedaría sin determinar ciertas cuestiones como la cuenta corriente donde desean que sea abonada la prestación, si se desean disfrutarla de forma parcial, si la prestación por maternidad va a ser compartida por ambos progenitores, etc.

⁴²⁵ Art. 13.1 RD 295/2009, de 6 de marzo. Redactado en los términos señalados en la disposición final segunda. dos del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración.

⁴²⁶ Según el art. 13.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, se entregará a la trabajadora el original y una copia para entregar a su empresa en el plazo de siete días (en el caso de trabajadoras por cuenta ajena), otra copia se tramitará a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud correspondiente y la última quedará en poder del personal facultativo.

En el caso de que la trabajadora se encuentre en incapacidad temporal antes el parto, el personal facultativo deberá extenderle, simultáneamente, un parte de alta médica por inicio de la situación de maternidad.

⁴²⁷ DA 5ª RD 295/2009, de 6 de marzo: *“Los Servicios Públicos de Salud podrán utilizar un procedimiento informático para transmitir a la entidad gestora los informes de maternidad y los partes de alta médica”*. Y DA 6ª RD 295/2009: *“Los Registros Civiles podrán remitir a las entidades gestoras de la Seguridad Social, mediante procedimiento informático, información sobre los nacimientos, adopciones y los fallecimientos que se inscriban”*.

III. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. La protección de la maternidad y la paternidad en los Convenios Colectivos

Los convenios colectivos son fruto de la negociación entre la representación empresarial y la representación legal de las personas trabajadoras, teniendo rango normativo en nuestro ordenamiento jurídico, pero siempre respetando los mínimos establecidos por el ET, en todo caso, los convenios colectivos pueden ampliar y mejorar estos mínimos. Por ello, parecería lógico que en la negociación colectiva se incrementará la protección por maternidad y paternidad dispensada por el ET, en cuyo caso, el tiempo que excede de la duración legal prevista por para la suspensión/prestación no tendría cobertura por parte de la Seguridad Social, sino que, tendría la cobertura establecida en el convenio a cargo de la empresa, o bien, se establecería como un permiso no retribuido.

En la regulación de las relaciones laborales la negociación colectiva cumple un papel importante en la eliminación o mantenimiento de las discriminaciones por razón de género. Actualmente es frecuente la regulación de materias relacionadas con la ordenación del tiempo de trabajo para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, pero uno de los problemas fundamentales es que la mayoría de las medidas en esta materia, se han dirigido exclusivamente a facilitar la conciliación de las mujeres y no a favorecer la corresponsabilidad y la efectiva ordenación del tiempo de trabajo⁴²⁸.

La LOI estableció la promoción de la igualdad en la negociación colectiva⁴²⁹. Sin embargo, “generalmente, los convenios reproducen lo previsto en la legislación o remiten a ésta; no obstante, se observa un incremento en los acuerdos o convenios que mejoran lo dispuesto en la norma. Esta práctica es muy habitual en sectores productivos que cuentan con una larga trayectoria de fomento de estos mecanismos, entre los que

⁴²⁸ LATTRICH, K. y BLANCO, R.: *Conciliación de la vida personal, laboral y familiar en clave masculina*. Centro de Estudios, Investigación e Historia de Mujeres “8 de marzo” de CCOO, núm. 51, febrero de 2012, Madrid, pág. 25.

⁴²⁹ Art. 43 LOI. “Mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

debe destacarse el sector de intermediación financiera, vertebrado por cuatro convenios de carácter estatal: Bancos privados, Cajas de ahorro, establecimientos de entidades financieras y cooperativas de crédito. Se trata de un escenario negocial muy activo que ha posibilitado la adopción de varios acuerdos colectivos dirigidos a fomentar un tratamiento integral de medidas que posibilitan la conciliación de la vida laboral y familiar⁴³⁰.

El Observatorio de Medidas y Planes de Igualdad en la Negociación Colectiva de UGT, realizó en el año 2010 un informe sobre: “El análisis de las materias relacionadas con la igualdad de género en los Convenios Colectivos”. En este informe se analizaron un total de 15 Convenios Colectivos llegando a la conclusión de que la mayoría de ellos sí prestan atención a la maternidad, pero dejan sin regular cuestiones que pueden indicar el escaso interés de la empresa en que se ejerciten esos derechos. Por ejemplo, la ausencia de mención a la posibilidad de disfrutar de la baja por maternidad a tiempo parcial. Asimismo las mejoras convencionales de su regulación legal son mínimas y podría ahondarse algo más en ellas (alargando permisos, contemplando casos especiales...). También podrían aparecer compromisos de sustitución del personal de baja por maternidad, para evitar que la carga de trabajo recaiga sobre el resto de la plantilla. Este informe también recomienda que en los Convenios, apareciera reflejada la garantía de indemnidad, es decir, que las trabajadoras, y en su caso los trabajadores, supieran que hacer uso de estos derechos no puede perjudicarles. Al igual que sería conveniente que viniera reflejado que las personas trabajadoras se beneficiaran de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato por maternidad o paternidad (art. 48.9 ET). Solo a efectos informativos, como forma de que se conozcan los derechos de los que se es titular. Por otra parte, prácticamente, no existen o no se han encontrado, regulaciones peyorativas⁴³¹.

En cuanto a la existencia de mejoras de la regulación de la maternidad en este informe se detecta que éstas son ciertamente escasas. Se puede citar, y hay que apuntar

⁴³⁰ PÉREZ CAMPOS, A.I.: “Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva”. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. XLIII, 2010, Universidad Rey Juan Carlos, pág. 157.

⁴³¹ DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”. *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*. VVAA. (Investigador principal) Fernando Valdés Dal-Ré. (noviembre 2010), Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, págs. 28-29.

un tanto a favor del convenio de la ONCE, que amplía en dos semanas más el permiso por maternidad con su correspondiente retribución. Y el Convenio de Agencias de Viaje, que aumenta hasta 20 semanas la duración del permiso de maternidad en caso de descendientes con discapacidad⁴³².

En la regulación en el ET de la paternidad, a diferencia de la maternidad, si hay una remisión a la negociación colectiva establecida por el art. 48.7: *“El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos”*. Por tanto, a través de la negociación colectiva se puede determinar con cuanta antelación debe comunicar el trabajador el ejercicio de la licencia por paternidad.

Según este informe de UGT, todavía hay CC que no regulan el derecho a la suspensión del contrato por paternidad, y en la mayoría de los que sí lo hacen, no se menciona la comunicación a la empresa con antelación del disfrute. Por otra parte, aquellos que mejoran el derecho, o simplemente recogen la ampliación del tiempo de suspensión en determinados supuestos, es meramente testimonial. Así se llega a la conclusión de que la regulación y existencia del permiso de paternidad debería gozar de más presencia en los convenios colectivos y debería regularse la forma de preaviso, tal y como encomienda el ET⁴³³.

En el año 2011 el sindicato UGT elaboró una segunda edición de este análisis sobre una muestra significativa de convenios colectivos, para valorar desde una perspectiva comparativa si existen diferencias apreciables respecto del análisis efectuado en la edición anterior (2010), o por el contrario, se aprecia una tendencia continuista en el tratamiento que los convenios colectivos vienen haciendo en materia de igualdad. En el informe de ese año la mayoría de los convenios sí prestan atención a la maternidad, pero siguen dejando sin regular cuestiones como la posibilidad de disfrutar de la baja por maternidad a tiempo parcial y sobre todo la ampliación en caso de discapacidad del menor⁴³⁴.

⁴³² DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”, año 2010, Cit. pág. 28.

⁴³³ DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”, 2010, Cit. pág. 30.

⁴³⁴ DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”. *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*. VVAA. (Investigador principal) Fernando Valdés Dal-Ré. 2011, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, pág. 30.

En cuanto a la paternidad, las conclusiones son las mismas que las del año anterior, aunque más optimistas, ya que el número de convenios que se refieren a la paternidad es mayor. Aun así, la regulación y existencia del permiso de paternidad debería gozar de mayor presencia en los convenios colectivos y debería regularse la forma de preaviso, y sobre todo, sería conveniente que el Convenio recogiera el derecho de los padres al permiso ampliado en casos de familia numerosa, o discapacidad. No a efectos de que exista el derecho, sino a efectos de conocimiento por parte de los afectados.⁴³⁵

Por otra parte, en este trabajo, con el objeto de determinar en qué medida la negociación colectiva ha mejorado los permisos parentales desde que UGT elaboró estos informes en los años 2010 y 2011; se analizan 20 convenios colectivos estatales de aplicación a todo el territorio nacional, que han entrado en vigor recientemente. Con ello, además se quiere comprobar en qué medida mejoran la protección dada por el ET, respecto al permiso por nacimiento, y a los permisos por maternidad y paternidad. Los convenios analizados son: CC de la industria del calzado⁴³⁶, CC de grandes almacenes⁴³⁷, CC del sector del autotaxi⁴³⁸, CC enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos⁴³⁹, CC para la actividad de fútbol profesional⁴⁴⁰, CC de instalaciones deportivas y gimnasios⁴⁴¹, CC empresas organizadoras del juego del bingo⁴⁴², CC de acción e intervención social⁴⁴³, CC de artes gráficas, manipulados de papel, cartón, editoriales e industrias auxiliares⁴⁴⁴, CC del sector ocio educativo y animación sociocultural⁴⁴⁵, CC del sector de harinas panificables y sémolas⁴⁴⁶, CC de

⁴³⁵ DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”, año 2011, Cit. pág. 32.

⁴³⁶ Convenio colectivo de la industria del calzado. (BOE, núm. 245, de 9 de octubre de 2014).

⁴³⁷ Convenio colectivo estatal de grandes almacenes. (BOE, núm. 96, de 22 de abril de 2013).

⁴³⁸ Convenio colectivo del sector del autotaxi. (BOE, núm. 68, de 20 de marzo de 2014).

⁴³⁹ VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos. (BOE, núm. 197, de 17 de agosto de 2013).

⁴⁴⁰ Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional. (BOE, núm. 245, de 9 de octubre de 2014).

⁴⁴¹ III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE, núm. 239, de 2 de octubre de 2014).

⁴⁴² Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo. (BOE, núm. 146, de 19 de junio de 2015).

⁴⁴³ Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017. (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015).

⁴⁴⁴ Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares. (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015).

⁴⁴⁵ Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural. (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015).

⁴⁴⁶ Convenio colectivo nacional del sector de harinas panificables y sémolas 2015, 2016. (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015).

mayoristas e importadores de productos químicos⁴⁴⁷, CC industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos⁴⁴⁸, CC industria química⁴⁴⁹, CC acuicultura marina nacional⁴⁵⁰, CC industria textil y de la confección⁴⁵¹, CC empresas de seguridad⁴⁵², CC sector de industrias de aguas de bebidas envasadas⁴⁵³, CC para las industrias de turrónes y mazapanes⁴⁵⁴ y CC del sector del corcho⁴⁵⁵.

1.1. El permiso por maternidad

En el estudio del permiso por maternidad en los 20 convenios colectivos analizados, estos los podríamos dividir en 3 categorías:

1ª) Los que no contienen regulación alguna de la suspensión por maternidad. En este grupo se han encontrado 9 convenios que no hacen ninguna mención a la suspensión por maternidad (CC de instalaciones deportivas y gimnasios, CC Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad, CC para la acuicultura marina nacional, CC de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, CC sector de harinas panificables y sémolas, CC sector de industrias de aguas de bebida envasadas, CC industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, CC industrias de turrónes y mazapanes y CC para las empresas organizadoras del juego del bingo). La causa podría estar en que se trata de sectores bastantes masculinizados y por ello la protección de la maternidad no está presente.

2ª) Los que repiten textualmente el art. 48.4 ET o se remiten a lo dispuesto en él. Hay cuatro convenios que repiten textualmente el art 48.4 (CC de la industria química, CC

⁴⁴⁷ Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. (BOE, núm. 187, de 6 de agosto de 2015).

⁴⁴⁸ Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. (BOE, núm. 191, de 11 de agosto de 2015).

⁴⁴⁹ XVIII Convenio colectivo general de la industria química. (BOE, núm. 198, de 19 de agosto de 2015).

⁴⁵⁰ IV Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional. (BOE, núm. 198, de 19 de agosto de 2015).

⁴⁵¹ Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. (BOE, núm. 200, de 21 de agosto de 2015).

⁴⁵² Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016. (BOE, núm. 224, de 18 de septiembre de 2015).

⁴⁵³ Convenio colectivo estatal para el sector de industrias de aguas de bebidas envasadas. (BOE, núm. 242, de 9 de octubre de 2015).

⁴⁵⁴ Convenio colectivo estatal para las industrias de turrónes y mazapanes. (BOE, núm. 246, de 14 de octubre de 2015).

⁴⁵⁵ VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016. (BOE, núm. 246, de 14 de octubre de 2015).

de la industria textil y de la confección, CC del sector ocio educativo y animación sociocultural, y CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos). Y dos se remiten a lo dispuesto en el ET (CC del sector de autotaxi, y CC para la actividad de fútbol profesional). Estos convenios se limitan a recoger lo ya establecido por el estatuto sin aportar ninguna mejora.

3ª) Los que realizan una regulación incompleta de la maternidad, porque transcriben parcialmente el art. 48.4 del ET. Son 3 (CC de grandes almacenes, CC de la industria del calzado, y CC del sector del corcho). Este grupo es el menos numeroso, pero lo más significativo de él no es tanto que estos convenios repitan el art. 48, sino por lo que no mencionan, omiten el disfrute de la suspensión por maternidad a tiempo parcial y la adopción internacional, tampoco se menciona la ampliación del permiso por discapacidad del hijo o hija cuando esta situación en una carga extra para la madre.

En definitiva, ninguno de los convenios estudiados hace una mejora de la protección por maternidad más allá de lo legalmente establecido.

1.2. El permiso por nacimiento

En lo referente al permiso por nacimiento de hijo o hija del art. 37.3 b) del ET⁴⁵⁶, de los veinte convenios analizados, 10 se limitan a regular los mismos días que el ET, dos días de permiso (CC de la industria del calzado, el CC del sector del autotaxi, CC de instalaciones deportivas y gimnasios, CC de la industria química, CC de la industria textil y de la confección, CC artes gráficas, manipulados de papel, cartón, editoriales e industrias auxiliares, CC Mayoristas e importadores de productos químicos, CC Industria metalgráfica y fabricación envases metálicos, CC Empresas de seguridad y CC Fútbol profesional). Sorprende que en sectores tan masculinizados como el del autotaxi, instalaciones deportivas y gimnasios, empresas de seguridad y fútbol profesional, no se haga una ampliación de este permiso, o precisamente, no se hace por ser unas actividades con un gran número de hombres en plantilla que podrían ser beneficiarios de este permiso.

⁴⁵⁶ Art. 37.3 b) ET: “*el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, dos días por el nacimiento de hijo.... Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días*”.

Se produce el aumento hasta tres días, uno más de lo previsto por el ET, en 8 de los 20 analizados (CC de grandes almacenes, CC de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos, CC Acuicultura marina nacional, CC Sector socioeducativo y animación sociocultural, CC sector de industrias de aguas de bebida envasadas, CC Industria de turrónes y mazapanes, CC Sector del corcho y CC Acción e intervención social).

Destacan dos Convenios colectivos que se desmarcan del resto aumentando el permiso hasta cuatro días el CC de empresas organizadoras de juegos de bingo, y hasta cinco días el CC del sector de harinas panificables y sémolas.

Por tanto, el aumento de la protección establecida en el ET que dan los Convenios es muy escasa solo 11 de ellos la amplía, siendo este aumento en un solo día en la mayoría de los casos.

En el supuesto que por motivo del nacimiento el padre necesite hacer un desplazamiento, se mantienen los cuatro días regulados por el ET en 13 convenios (CC Mayoristas e importadores de productos químicos, CC del Autotaxi, CC Instalaciones deportivas y gimnasios, CC Industria química, CC Industria textil y de la confección, CC artes gráficas, manipulados de papel, cartón, editoriales e industrias auxiliares, CC Industria metalgráfica y fabricación envases metálicos, CC Empresas de seguridad, CC Fútbol profesional, CC Sector socioeducativo y animación sociocultural, CC sector de industrias de aguas de bebida envasadas, CC Industria de turrónes y mazapanes, y CC Acción e intervención social). Aumentan el permiso en caso de desplazamiento hasta cinco días, uno más que lo establecido por el ET, seis convenios (CC industria del calzado, CC estatal de grandes almacenes, CC de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos, CC Acuicultura marina nacional, CC Sector del corcho y CC Empresas organizadoras de juegos de bingo). Y seis CC aumentan hasta cinco días, dos más de lo establecido legalmente (CC Industrial del calzado, CC Grandes almacenes, CC Enseñanza privada, CC Acuicultura marina nacional, CC Sector del corcho y CC Empresas organizadoras juegos de bingo).

Por otra parte, cabe señalar que en el caso del CC para la actividad de fútbol profesional donde la plantilla es exclusivamente masculina, el convenio dispone que en

materia de permisos especiales “se estará a lo dispuesto en esta materia en el Estatuto de los Trabajadores”. Ni siquiera reproduce el articulado del Estatuto, simplemente hace una pequeña mención para remitirlo al ET.

Por el contrario, algunos convenios amplían el permiso en situaciones especiales. El CC de Mayoristas e importadores de productos químicos en caso de enfermedad y el CC Industria química también en caso de enfermedad y en caso de intervención quirúrgica (cesárea), lo aumentan en dos días. Aunque estos convenios no detallan en caso de enfermedad de quién, se presupone que de la madre tras el parto. El CC de artes gráficas, manipulados de papel, cartón, editoriales e industrias auxiliares, amplía el permiso en tres días más, en el supuesto de que el hijo o hija o la cónyuge, conviviendo con el trabajador, precisare atención especial y no tuviese otra persona para cuidarle. Y el CC de la industria química, cuando el nacimiento se produce en otro país, amplía la licencia a 6 días, de los que 4 serán retribuidos y 2 tendrán el carácter de licencia no retribuida y podrán prolongarse de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador sin remuneración cuando el país en consideración y los medios de comunicación disponibles así lo exijan.

1.3. El permiso por paternidad

Igualmente, en el permiso por paternidad, los 20 convenios colectivos analizados se pueden dividir en 3 categorías:

a) Los que no contienen regulación alguna a la suspensión por paternidad. Este grupo es el más numeroso, se han encontrado 10 convenios que no hacen ninguna mención a la suspensión por paternidad (CC de instalaciones deportivas y gimnasios, CC de grandes almacenes, CC para las empresas de seguridad, CC para la acuicultura marina nacional, CC artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, CC para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas, CC de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, CC de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, CC para las industrias de turrónes y mazapanes, y CC para las empresas organizadoras del juego del bingo). La mayoría de los convenios analizados no regulan este derecho, dando la impresión de que no interesa la presencia del mismo.

b) Los que repiten lo regulado en el ET o se remiten a lo dispuesto en él. Hay 3 convenios que repiten textualmente el art 48.7 (CC de la industria química, CC de la industria textil y de la confección, y CC sector ocio educativo y animación sociocultural) Y 3 se remiten a lo dispuesto en el ET (CC del sector de autotaxi, CC fútbol profesional, CC sector de harinas panificables y sémolas 2015, 2016). Estos convenios se limitan a recoger lo ya establecido por el estatuto sin aportar ninguna mejora.

c) Los que realizan una regulación incompleta de la paternidad, porque transcriben parcialmente el art. 48.7 del ET. Son 2, el CC industria del calzado que no recoge el disfrute a tiempo parcial, ni los supuestos del permiso, y el CC del sector del corcho, que tampoco contempla el disfrute a tiempo parcial, ni la ampliación en caso de familias numerosas o por discapacidad.

A igual que sucede con la maternidad, estos convenios no mejoran la regulación por paternidad que ya existe en nuestra legislación laboral.

1.4. Convenios destacables

Se analizan a parte dos CC, uno porque destaca de forma negativa su regulación (CC de empresas de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos) y el otro, como ejemplo por su excelente protección de la maternidad y la paternidad (Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017).

Así en el CC de empresas de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos, la única referencia que existe a la maternidad y paternidad viene recogida en su artículo 40, donde dispone que “los trabajadores tendrán derecho a su retribución total durante la suspensión de contrato derivada de maternidad, paternidad, adopción, acogimiento permanente o preadoptivo, o riesgo durante el embarazo o lactancia natural, siempre que se cumplan los requisitos que establece la legislación vigente en cada uno de los casos”. Al respecto habría que hacer dos apreciaciones:

1ª) El convenio señala que “los trabajadores tendrán derecho a su retribución total” durante la maternidad y paternidad, sin embargo esto no va a tener incidencia alguna en

las personas beneficiarias de la suspensión/prestación, ya que las retribuciones durante estos permisos son abonadas íntegramente por la Seguridad Social por un importe del 100% de la base reguladora de la persona beneficiaria del mes anterior al hecho causante. Su retribución total debe estar incluida en la base de cotización por contingencias comunes, que es la que determina la BR, y para fijarse esta se tienen en cuenta todas las cantidades en concepto de salario que recibe el trabajador o la trabajadora. Así que, salvo en el caso de que realicen horas extras (que no se incluyen en la base de cotización por contingencias comunes), decir que tendrán derecho al total de su retribución no tiene sentido alguno, únicamente sirve para confundir, ya que da la impresión de que la empresa está concediendo algún tipo de mejora salarial durante estos permisos.

2ª) Es significativo que un convenio que regula a un sector tan feminizado como es la enseñanza no establezca ninguna mejora en la protección por maternidad, pero más sorprendente aun es que ni siquiera recoja lo establecido en ET aunque sólo sea a título informativo para las personas interesadas.

En el sentido opuesto, se encuentra el CC estatal de acción e intervención social 2015-2017, que merece una mención especial por su amplia protección de la maternidad y la paternidad.

En lo que respecta al “permiso por maternidad” este convenio lo aumenta en dos semanas más en casos de familias monoparentales, y de familias numerosas (a partir del tercer hijo o hija)⁴⁵⁷.

En los “casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto”, diferencia entre dos periodos: 1) Hospitalización inferior o igual a siete días naturales: Donde la madre, previo aviso a la empresa, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, tantos días como el nacido o la nacida se encuentre hospitalizada con un máximo de cuatro días que podrá acumular con la licencia correspondiente para casos de enfermedad grave. Regula

⁴⁵⁷ Art. 30.1 Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017.

un permiso de hasta cuatro días que no existe en el ET, ya que este pone como condición para la ampliación que el neonato este ingresado más de siete días.

2) Hospitalización superior a siete días naturales: En este supuesto dispone lo mismo que viene establecido en el ET, la madre, previo aviso a la empresa, podrá ausentarse en tantos días como el nacido o la nacida se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

Y en los casos de parto múltiple donde coincidan los periodos de hospitalización de cada uno de los neonatos, la trabajadora podrá ausentarse de su puesto de trabajo, con derecho a remuneración y previo aviso a la empresa, tantos días como hayan coincidido los periodos de hospitalización por cada uno de los neonatos desde el segundo, pudiendo disfrutar este permiso hasta que cumplan doce meses. Así, si la prestación convencional por maternidad es de 16 semanas, más dos semanas adicionales por parto múltiple, más la ampliación por hospitalización de hasta 13 semanas, suman un total de 31 semanas retribuidas por la Seguridad Social, sin embargo, este convenio amplía hasta 52 semanas (doce meses), por tanto las 21 semanas restantes serán retribuidas por la empresa.

Por último, el Convenio, aclara que todos estos permisos, podrán disfrutarse por el otro progenitor⁴⁵⁸.

Además, en los “supuestos de adopción internacional” cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen, el período de permiso puede iniciarse hasta cuatro semanas antes, pudiendo dividirse en dos fracciones cuando sea necesario efectuar más de un viaje⁴⁵⁹. Incluye la posibilidad del fraccionamiento del permiso que no establece el ET.

En cuanto al “permiso por paternidad” establece que el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días naturales ininterrumpidos que podrán ser ampliables en el ámbito de cada organización y a criterio de la dirección de la misma, en dos días naturales más. Especifica que el permiso podrá durar hasta quince días siempre bajo la aprobación de la empresa. Sin embargo, la suspensión de contrato será de 15 días naturales ininterrumpidos, cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando por ello la familia adquiera dicha condición,

⁴⁵⁸ Art. 30.1 Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017.

⁴⁵⁹ Art. 30.1 e) Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017.

o el menor tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 % o en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 %. Que entendemos se sumaran a los 20 días que por estas causa establece como ampliación la DA Sexta de la Ley 2/2008 de 23 de diciembre⁴⁶⁰.

1.5. Permisos no retribuidos

Algunos convenios disponen permisos no retribuidos por maternidad y en caso de adopción. El CC de grandes almacenes contempla un permiso no retribuido por maternidad, por un periodo no inferior a un mes y no superior a tres meses, cuya finalización necesariamente deberá coincidir con el principio de la baja por maternidad, donde las empresas mantendrán la cotización de las trabajadoras. Este permiso lo pueden solicitar las trabajadoras embarazadas en los últimos meses de gestación, aunque no es retribuido, como parte positiva durante ese tiempo la empresa seguirá cotizando por ellas⁴⁶¹. También este convenio regula dos licencias no retribuidas para atención de menores, para las personas trabajadoras con hijos o hijas menores de 8 años: una licencia no retribuida de tres meses para su atención y cuidado, y otra licencia por el tiempo necesario para su cuidado en caso de hospitalización del menor. En el caso de que ambos cónyuges trabajen en la empresa la licencia podrá ser disfrutada por uno solo de ellos⁴⁶².

Igualmente, el CC de acción e intervención social establece un permiso no retribuido por maternidad, donde a petición de la madre trabajadora, las 16 semanas de permiso por maternidad podrán ser ampliadas hasta en dos más y alcanzar 18 semanas⁴⁶³.

En el caso de adopción o acogimiento, dos convenios contemplan un permiso no retribuido de 15 días para la realización de los trámites administrativos (CC industria del calzado y CC industria textil). En caso de adopción internacional, para el desplazamiento de los progenitores al país de origen o para realización de los trámites administrativos, el CC de industrial del calzado concede un permiso no retribuido de

⁴⁶⁰ Art. 30.4 Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017.

⁴⁶¹ Art. 39.II Convenio colectivo estatal para grandes almacenes.

⁴⁶² Art. 39. VIII Convenio colectivo estatal para grandes almacenes.

⁴⁶³ Art. 30.2 Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017.

hasta 30 días; el CC de la industria textil y de la confección concede una excedencia con reserva del puesto de hasta dos meses; y el CC de acción e intervención social un permiso no retribuido de 15 días naturales y la posibilidad de solicitar un anticipo de una mensualidad.

Se puede concluir que la protección por maternidad y paternidad en los convenios colectivos es muy reducida, y que la mayoría de las mejoras que introducen son a través de los permisos no retribuidos.

2. La protección por maternidad y paternidad en los Planes de Igualdad

La LOI dedica su capítulo III a los Planes de Igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. Este precepto establece expresamente que las empresas deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con la representación legal de las personas trabajadoras⁴⁶⁴. Estas medidas deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en las empresas, que será obligatorio en los siguientes supuestos:

- a) En empresas de más de doscientos cincuenta personas trabajadoras⁴⁶⁵.
- b) Cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable⁴⁶⁶.
- c) Cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan⁴⁶⁷.

Para el resto de empresas la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras⁴⁶⁸.

La definición de un plan de igualdad viene contemplada en el artículo 46.1 de la

⁴⁶⁴ Art. 45.1 LOI. “Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”.

⁴⁶⁵ Art. 45.2 LOI.

⁴⁶⁶ Art. 45.3 LOI.

⁴⁶⁷ Art. 45.4 LOI.

⁴⁶⁸ Art. 45.5 LOI.

LOI⁴⁶⁹. En lo que se respecta a su contenido, podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar⁴⁷⁰.

Con el objeto de mostrar el impacto que está teniendo la aplicación de los planes de igualdad en el ámbito de las empresas, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, a través del Instituto de la Mujer, concedió el año 2009 una subvención para la realización del proyecto *El impacto de los planes de igualdad en las empresas*, que se ha llevado a cabo durante el período 2010-2012. En este estudio se refleja que en los planes de igualdad estudiados, en el diagnóstico de situación previo, los datos sobre permisos por embarazo y lactancia, así como sobre reducción de jornadas y redistribución de jornada son escasísimos en los diagnósticos, ya que observan que únicamente se presentan datos sobre permisos por embarazo en un 3% de los casos y en un 4% (por lactancia y reducción y redistribución de jornada). Así como la ausencia de datos para poder analizar el estado de las empresas en materia de corresponsabilidad⁴⁷¹.

No obstante, es destacable que en un 58% de los planes estudiados existe una ampliación de los derechos y/o permisos establecidos en la LOI y en la Ley de Conciliación. Sin embargo, únicamente en un 32% de las empresas se contemplan medidas destinadas a impulsar la responsabilidad de los hombres en el trabajo de cuidado⁴⁷².

A lo largo de las entrevistas realizadas en esta investigación, se pidió a las personas entrevistadas de la administración pública, de los sindicatos y de las empresas, que realizaran una valoración sobre los aspectos que se han introducido con facilidad o dificultad en los planes de igualdad, y los diferentes ámbitos presentes en ellos. Así, uno de los aspectos que señalan que se han introducido con dificultad es la “conciliación de

⁴⁶⁹ Art. 46.1 LOI. “*Los Planes de Igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo*”.

⁴⁷⁰ Art. 46.2 LOI.

⁴⁷¹ BODELÓN GONZÁLEZ, E. (investigadora principal AAVV): “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Universidad Autónoma de Barcelona. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, años 2010-2012, pág. 114.

⁴⁷² BODELÓN GONZÁLEZ, E.: “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Cit., pág. 115.

la vida personal, familiar y laboral”⁴⁷³. Al valorar las medidas de conciliación y corresponsabilidad destacan la importancia de introducir en el plan los permisos y derechos reconocidos en la Ley de Conciliación y sobretodo de ampliarlos. Se subraya que siguen siendo las mujeres las que se acogen a los permisos, a las reducciones de jornada y a todas las otras medidas que permiten la conciliación, es decir, son las mujeres las que concilian. Se destaca la importancia del fomento y la implementación de medidas de conciliación destinadas específicamente para los hombres con la finalidad de conseguir una corresponsabilidad real y efectiva destacando la importancia del ejercicio del permiso de paternidad⁴⁷⁴.

Y concluye el estudio que la mayoría de los planes no tienen como objetivo ni finalidad conseguir una igualdad efectiva, sino la igualdad formal o simplemente cumplir la LOI⁴⁷⁵. Destaca también el carácter meramente testimonial de muchos planes, que no mejoran o garantizan mejor los derechos establecidos por la legislación laboral. De esta manera, el plan se convierte en la mayoría de los casos en un acto burocrático, que no pretende profundizar en el derecho a la igualdad efectiva. Por otra parte, en muchos casos no sé sabe si las medidas y acciones previstas en los planes de igualdad se incorporan en el Convenio Colectivo de la empresa⁴⁷⁶.

Por otra parte, para hacer un análisis más preciso sobre la protección por maternidad y paternidad en los planes de igualdad, en este trabajo, se han analizado 37 PI, concretamente las medidas o acciones para mejorar los permisos por maternidad, nacimiento y paternidad establecidos legalmente. Se ha elegido como muestra de estudio los Planes de Igualdad de algunas empresas que han sido premiadas con el “Distintivo de Igualdad” del Instituto de la mujer.

El distintivo empresarial en materia de igualdad fue creado por la LOI en su artículo 50⁴⁷⁷ para aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades en las condiciones de trabajo, en los modelos de

⁴⁷³ BODELÓN GONZÁLEZ, E.: “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Cit., pág. 136.

⁴⁷⁴ BODELÓN GONZÁLEZ, E.: “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Cit., pág. 140.

⁴⁷⁵ BODELÓN GONZÁLEZ, E.: “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Cit., pág. 142.

⁴⁷⁶ BODELÓN GONZÁLEZ, E.: “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Cit., pág. 143.

⁴⁷⁷ Art. 50.1 LOI. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

organización y en otros ámbitos, como servicios, productos y publicidad de la empresa. Entre los aspectos de mayor relevancia en la valoración para la concesión del distintivo, se incluyen las actuaciones tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de todas las personas trabajadoras⁴⁷⁸.

Los Planes de Igualdad estudiados son: PI grupo Acciona⁴⁷⁹, PI Aguas Municipalizadas de Alicante⁴⁸⁰, PI Aqualia⁴⁸¹, PI Asociación Alanna⁴⁸², PI Verdiblanca⁴⁸³, PI BBVA⁴⁸⁴, PI Banco Santander⁴⁸⁵, PI Boehringer Ingelheim España⁴⁸⁶, PI Broseta Abogados, S.A.⁴⁸⁷, PI BT España⁴⁸⁸, PI CARAC Consultores⁴⁸⁹,

⁴⁷⁸ Art. 10. 2 e) Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la empresa”. (BOE, núm. 265, de 3 de noviembre de 2009). “*El establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo (jornada y horarios, turnos, vacaciones, entre otras) que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar o el establecimiento de otras medidas con la misma finalidad, entre ellas, las relativas a las mejoras y beneficios sociales, al teletrabajo o a la movilidad geográfica*”.

⁴⁷⁹ Plan de Igualdad en el grupo ACCIONA para las divisiones de ACCIONA Infraestructuras y ACCIONA Inmobiliaria. Madrid, 24 de noviembre de 2009.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/plan_Igu_Emp_Cons.pdf . Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸⁰ Plan de Igualdad de Oportunidades de la empresa “AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, E.M.”. Alicante, Enero de 2011.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Aguas_Municipalizadas_de_Alicante_Plan_de_Igualdad.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸¹ Plan de Igualdad de Aqualia, Gestión Integral del Agua, S.A. Madrid, 21 de diciembre de 2009. http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Aqualia_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸² Plan de Igualdad de Oportunidades de la ASOCIACION ALANNA. Valencia, 2 de mayo de 2011. http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/PLAN_IGUALDAD_alanna.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸³ I Plan de Igualdad de Género de Verdiblanca 2011-2012. Almería.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Verdiblanca_PdI_de_genero.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸⁴ Plan de Igualdad de Trato y de Oportunidades BBVA.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/bbva_PdI.pdf. Consultado el día 07-11-2015.

⁴⁸⁵ Plan de Igualdad Banco Santander.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Banco_Santander_PdI.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁴⁸⁶ Plan Empresarial de Igualdad 2010-2015 Boehringer Ingelheim España S.A.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/BOEHRINGER_Plan_Empresarial_de_Igualdad_2010-2015.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸⁷ Plan de Igualdad de Broseta Abogados, S.A. 2011-2015. Valencia 1 de abril de 2011. http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Broseta_Abogados_Plan_de_Igualdad_2011.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁸⁸ Plan de Igualdad BT España 2010-2013 Madrid, a 31 de Mayo de 2010. http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/BT_ESPANA_PLAN_IGUALDAD_BT_ESPANA.pdf. Consultado el día 07-11-2015.

⁴⁸⁹ Plan de Igualdad en la Empresa CARAC Consultores.

http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Carac_Siglo_XXI_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

PI Deutsche Bank SAE⁴⁹⁰, PI Constructora EJUCA, S.A.⁴⁹¹, PI Enagas, S.A.⁴⁹², PI ENDESA⁴⁹³, PI Ernst & Young, S.L.⁴⁹⁴, PI Corporación Empresarial Pascual⁴⁹⁵, PI Fundación ONCE e ILUNION⁴⁹⁶, PI GlaxoSmithKline, S.A.⁴⁹⁷, PI Autoescuela Placentina S.A.⁴⁹⁸, PI Grupo Nutreco España⁴⁹⁹, PI HENKEL IBERICA, S.A.⁵⁰⁰, PI Organización ICSE⁵⁰¹, PI IKEA Ibérica S.A.⁵⁰², PI Indra Sistemas⁵⁰³, PI IAT⁵⁰⁴, PI Instituto Cuatrovientos S. Coop.⁵⁰⁵, PI InterBus⁵⁰⁶, PI Mantequerías Arias, S.A.⁵⁰⁷, PI

⁴⁹⁰ Plan de Igualdad de Deutsche Bank SAE.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/db_plan_igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹¹ Plan de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres de la empresa constructora EJUCA, S.A. http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/ejuca_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹² Plan de Igualdad de Enagas, S.A. 21 de octubre de 2009.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/enagas_plan_igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹³ Plan de Igualdad y Conciliación de ENDESA, noviembre 2008. http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/ENDESA_PLAN_IGUALDAD_CONCILIACION.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁴⁹⁴ Segundo Plan de igualdad Ernst & Young, S.L. 3 de diciembre de 2011. <http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/ernstYoung2Plan.pdf>. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹⁵ PLAN de IGUALDAD 2013 Corporación Empresarial Pascual. <http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/pascualpdi.pdf>. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹⁶ II PLAN DE IGUALDAD DE FUNDACIÓN ONCE E ILUNION (FUNDOSA GRUPO). Vigente 2013-2015.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/II_PdI_Fundacion_ONCE.pdf.

Consultado el día 7-11-2015.

⁴⁹⁷ Plan Empresarial de Igualdad 2013-2014. Medidas para la Igualdad GlaxoSmithKline, S.A. http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/PdI_GSK_3_2013_2014.pdf.

Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹⁸ Plan de Igualdad de Oportunidades Autoescuela Placentina S.A. http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/auto_place_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁴⁹⁹ Plan de Igualdad del Grupo Nutreco España.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/sada_plan_igu.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁵⁰⁰ I plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres HENKEL IBERICA, S.A. 2008-2011. Barcelona Octubre de 2008.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/henkel_plan.pdf. Consultado el día 07-11-2015.

⁵⁰¹ Plan de Igualdad de Trato y de Oportunidades entre Mujeres y Hombres Organización ICSE.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/icse_plan_igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁵⁰² Plan de Igualdad IKEA Ibérica S.A.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁵⁰³ Plan de Igualdad Indra Sistemas.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Indra_Sistemas_PdI.pdf. Consultado el día 07-11-2015.

⁵⁰⁴ Plan Igualdad IAT 2012.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Instituto_Andaluz_de_Tecnologia_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁵⁰⁵ Plan de Conciliación e Igualdad 2014-15 (versión 0.1). INSTITUTO CUATROVIENTOS S. COOP.

Martínez Loriente, S.A.⁵⁰⁸, PI Metro de Bilbao⁵⁰⁹, PI MUTUALIA⁵¹⁰, PI PAUMA⁵¹¹, PI Ricardo Luz y Asociados, S.L.⁵¹², PI S2 Grupo⁵¹³, PI SOREA⁵¹⁴ y PI Xerox⁵¹⁵.

Muchos de estos planes de igualdad establecen como uno de sus objetivos realizar campañas de sensibilización en materia de reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres, y talleres para la corresponsabilidad entre la plantilla. También dar información y difusión sobre las medidas de conciliación y permisos existentes en la legislación o en la empresa. Por el contrario, solo 9 de los 37 planes estudiados, mejoran la regulación legal existente mediante la ampliación del tiempo de permiso de las disposiciones legales.

2.1. El permiso por maternidad

Se han encontrado un PI que aumentan la duración establecida para el permiso por maternidad en “una semana más retribuida”, en la empresa ENDESA⁵¹⁶.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/4V_CI_Plan_de_Conciliacion_e_Igualdad_14-15.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁵⁰⁶ Plan de Igualdad InterBus.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Interurbana de Autobuses Plan de igualdad.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Interurbana_de_Autobuses_Plan_de_igualdad.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

⁵⁰⁷ Plan de igualdad de Mantequerías Arias, SA. (BOE, núm. 99, de 25 de abril de 2013).

⁵⁰⁸ Plan de Igualdad de Martínez Loriente, SA. (BOE, Núm. 63, de 14 de marzo de 2012).

⁵⁰⁹ Plan Igualdad 2012-2014 Metro de Bilbao. Marzo de 2012.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/MetroBilbao_Plan_Igualdad.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁵¹⁰ Plan de Igualdad de MUTUALIA 2012-2014.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/MUTUALIA_MATEPSS_2_IGUALDAD_Y_NO_DISCRIMINACION.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁵¹¹ II Plan de igualdad de PAUMA.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/pauma_2plan_igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁵¹² Plan de Igualdad de Ricardo Luz y Asociados, S.L.
[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Ricardo Luz y Asociados Plan de igualdad.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Ricardo_Luz_y_Associados_Plan_de_igualdad.pdf). Consultado el día 7-11-2015.

⁵¹³ PLAN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES DE S2 GRUPO. 2011-2014.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/S2_GRUPO_Acciones_Plan_Igualdad.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁵¹⁴ PLAN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA EMPRESA "SOCIEDAD REGIONAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS, S.A. (SOREA)" Barcelona, Julio 2009.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/SOREA_PLAN_DE_IGUALDAD_OPORTUNIDADES_DE_LA_EMPRESA.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

⁵¹⁵ Plan de Igualdad Xerox.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/xerox_Pdi.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

⁵¹⁶ Plan de Igualdad y Conciliación de ENDESA, cit., Pág. 33.

En otros dos se mejora la protección en los casos de acogimiento y adopción. En el PI de BT España, al establecer un “permiso remunerado de 15 días naturales”, siendo este permiso equiparable al ya existente de 15 días adicionales que la compañía ofrece a las mujeres embarazadas a disfrutar en las dos semanas previas a la fecha prevista de parto⁵¹⁷. Y el PI de Ernst & Young, al establecer un “permiso de hasta 7 días laborales anuales” para la realización de las gestiones derivadas del trámite de un proceso de adopción internacional⁵¹⁸.

En la protección por maternidad destaca el PI de Ernst & Young, pues dispone de una “medida excepcional” para las empleadas que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período de cotización exigido. La empresa reconoce la prolongación del descanso por maternidad hasta los 112 días naturales siguientes al parto, si así lo solicita la empleada. Durante este periodo, la empresa complementará la prestación hasta el 100% del salario bruto día⁵¹⁹. Esta empresa concede la duración de la suspensión contractual por maternidad establecida por el art. 48.4 ET (16 semanas), aunque a la madre al carecer de cotización suficiente acceda a la prestación no contributiva de la Seguridad Social de duración 42 días y retribución inferior (100% del IPREM). Para evitar que la trabajadora salga perjudicada, la empresa complementa la prestación de la SS hasta el 100% de su salario bruto, y además, retribuirá el resto de días hasta la finalización del permiso (70 días). Así, la trabajadora cobrará y disfrutará del permiso en los mismos términos que una trabajadora que accede a la prestación contributiva.

Asimismo, es muy loable el Plan de Igualdad de la empresa Indra Sistemas que incluye una medida de Maternidad/Paternidad flexible. Establece que tras el disfrute del permiso por maternidad (los padres podrán disfrutar de esta medida en la misma proporción que disfruten de la baja maternal o del permiso de lactancia), el personal de la empresa puede elegir entre tres posibilidades, que ya incluyen los permisos previstos por lactancia:

a) Maternidad/paternidad acumulada. Prolongación durante 30 días naturales el permiso por maternidad.

⁵¹⁷ Plan de Igualdad de BT España 2010-2013. Cit., pág. 14.

⁵¹⁸ Segundo Plan de igualdad Ernst & Young Abogados, S.L.P. Cit., pág. 8.

⁵¹⁹ Segundo Plan de igualdad Ernst & Young Abogados, S.L.P. Cit., pág. 8.

b) Maternidad/paternidad extendida. Reducir la jornada un 50% cobrando un 100% durante los 60 días siguientes a la incorporación.

c) Maternidad/paternidad combinada. Prolongar 15 días naturales el permiso por maternidad y disfrutar de una hora de reducción de jornada diaria desde la incorporación y hasta los 9 meses del bebé⁵²⁰.

Con esta medida la empresa Indra introduce una mejora doble en la protección por maternidad/paternidad, por una parte flexibiliza el permiso dando la posibilidad a los progenitores de que escojan la opción que se adapte mejor a sus necesidades; y por otra, mejora lo establecido legalmente en cuanto a duración del permiso (lo amplía en un mes), la reducción de jornada por guarda legal de menor (es retribuida durante dos meses), y la reducción de jornada por lactancia (la amplía en media hora diaria).

Por último, mencionar un permiso retribuido que contiene el PI de XEROX, que consiste en tardes libres durante un mes tras la incorporación de la baja maternal, aunque no concreta el número de días que se puede disfrutar⁵²¹.

2.2. El permiso por nacimiento

Algunos Planes de Igualdad mejoran el permiso por nacimiento de hijo o hija previsto en el Convenio Colectivo y en el ET, así establecen un permiso retribuido de 3 días (PI XEROX⁵²² y PI INDRA⁵²³), y de 5 días (PI de BBVA⁵²⁴ y PI de ENDESA⁵²⁵).

Y el PI de Ernst & Young, aumenta el permiso en caso de nacimiento, adopción o acogimiento en 2 días de permiso retribuido adicionales. Cuando estos sean múltiples otros dos días adicionales por cada hijo o hija a partir de la segunda. Y Cuando el hijo o hija nacida, adoptada o acogida tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33%, el padre tendrá derecho a dos días naturales adicionales a su correspondiente permiso por paternidad⁵²⁶.

⁵²⁰ Véase en políticas de flexibilidad. Núm. 8. Plan de Igualdad Indra Sistemas, cit. Pág. 11.

⁵²¹ Véase en medidas sociales. Plan de Igualdad de Xerox España, cit. Pág. 23.

⁵²² Véase en medidas sociales. Plan de Igualdad de Xerox España, cit. Pág. 23.

⁵²³ Véase en políticas de flexibilidad. Núm. 9. Plan de Igualdad Indra Sistemas, cit. Pág. 11.

⁵²⁴ Véase Título Cuarto. Art. Vigésimo primero. Plan de Igualdad de Trato y Oportunidades BBVA. Cit., pág. 26.

⁵²⁵ Plan de Igualdad y Conciliación de ENDESA, cit., Pág. 29.

⁵²⁶ Segundo Plan de igualdad Ernst & Young Abogados, S.L.P., cit. Pág. 8.

Dos PI con la intención de incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares establecen una ampliación del permiso pero para ello deben cumplir con unos requisitos, así:

- a) El PI de IKEA Ibérica, incrementa en 5 días naturales el permiso retribuido por nacimiento para el padre, que disfrute 4 de las 16 semanas establecidas como permiso de maternidad⁵²⁷.
- b) El PI de Mantequerías Arias, SA; en caso de nacimientos, adopciones o acogimientos ocurridos en el seno de familias formadas por trabajadores y trabajadoras de alta en la compañía y que sean cónyuges o parejas de hecho, la empresa concederá 2 días laborables de permiso retribuido al padre (empleado en activo de la compañía) por cada semana completa que le sea cedida por la madre (empleada en activo) del descanso por maternidad que le correspondiera⁵²⁸.

2.3. El permiso por paternidad

Los Planes de Igualdad que aumentan el permiso por paternidad legalmente establecido son tres:

1.) El PI de BT España, amplía en tres días laborables retribuidos el permiso por paternidad, que deberá ser disfrutado única y exclusivamente en los 3 días hábiles posteriores al nacimiento adopción o acogimiento. En los casos de nacimiento por cesárea, se añaden dos días laborables, a los 3 laborables del permiso de paternidad “ordinario”⁵²⁹.

2.) El PI de ENDESA, el permiso por paternidad, es de 13 días que se añaden a los 5 de permiso retribuido por nacimiento de hijos o hijas. Ahora bien, en los supuestos de parto múltiple, estos plazos se amplían en 2 semanas y 2 días respectivamente. En los

⁵²⁷ Véase el objetivo específico: 5.2. Mejorar las medidas conciliadoras y fomentar la corresponsabilidad. Medida/Acción 8. Plan de Igualdad de Ikea Ibérica, S.A., cit. Pág. 30.

⁵²⁸ Véase apartado Art. 3.5. Conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Cesión del permiso por maternidad. Plan de Igualdad de Mantequerías Arias, S.A. Cit.

⁵²⁹ Plan de Igualdad BT España 2010-2013, cit., pág. 16.

supuestos de discapacidad del hijo o hija, se amplían en 3 semanas y 3 días respectivamente⁵³⁰.

3.) El PI de MUTUALIA, amplía en una semana más, el período de suspensión del contrato por paternidad en el supuesto de que el padre haya solicitado un permiso compartido de al menos 4 semanas, abonando al trabajador o trabajadora la misma retribución que percibiría de haberse incorporado a su puesto de trabajo⁵³¹.

2.4. Permisos no retribuidos

De las empresas analizadas cinco establecen en sus planes de igualdad permisos no retribuidos para facilitar la conciliación laboral y familiar de su personal.

La mayoría de estos permisos son excedencias por acogimiento y adopción. Así el PI de BT España (en casos de acogimiento y adopción⁵³²) y el PI de ENDESA (adopciones⁵³³) en el extranjero, facilita a los progenitores la posibilidad de solicitar una excedencia por un tiempo máximo de 30 días naturales. Y PI de Deutsche Bank SAE, amplía los supuestos de permisos no retribuidos establecidos en el CC de la empresa para incluir los casos de adopción nacional y en el extranjero; y sometimiento a pruebas de reproducción asistida⁵³⁴. El Plan de Igualdad más generoso en este sentido es el de IKEA Ibérica, donde tendrá derecho a una excedencia de mínimo dos meses y máximo cuatro, las personas en trámites de adopción internacional, con reserva del puesto de trabajo⁵³⁵.

El PI de ICSE (Instituto Canario de Psicología y Educación), concede un permiso, en caso de hijas o hijos pequeños o de personas dependientes a su cargo, de hasta 3 horas al mes, retribuidas, o de horas sin retribuir o a compensar en otros horarios⁵³⁶. Sin embargo, el PI es un tanto impreciso al no delimitar la edad de los menores ni definir

⁵³⁰ Plan de Igualdad y Conciliación de ENDESA, cit., Pág. 33.

⁵³¹ Véase apartado Suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo del Plan de Igualdad de MUTUALIA 2012-2014, cit.

⁵³² Plan de Igualdad BT España 2010-2013, cit., pág. 15.

⁵³³ Plan de Igualdad y Conciliación de ENDESA, cit., Pág. 27.

⁵³⁴ Plan de Igualdad Deutsche Bank SAE, cit., pág. 8.

⁵³⁵ Véase el objetivo específico: 5.2. Mejorar las medidas conciliadoras y fomentar la corresponsabilidad. Medida/Acción 6. Plan de Igualdad de IKEA Ibérica, S.A., cit. Pág. 30.

⁵³⁶ Véase medida 7.1.8. Plan de Igualdad en la Organización ICSE, cit. pág. 11.

qué personas dependientes dan derecho al permiso, tampoco delimita el número de horas de permiso sin retribuir.

Destacar como permiso interesante y poco frecuente la excedencia con reserva del puesto de trabajo establecida en el PI IKEA Ibérica, de un mes de duración por fallecimiento de uno de los dos progenitores cuando los hijos o hijas sean menores de 10 años⁵³⁷. El este permiso facilita al progenitor que lo disfruta poder pasar tiempo con unas criaturas que acaban de quedar huérfanas y estarán necesitadas de cuidados especiales, más teniendo en cuenta su corta edad.

3. El impacto de la protección de la negociación colectiva

Del análisis realizado de Convenios Colectivos y Planes de Igualdad se desprende que estos últimos son los que mayor protección brindan por maternidad y paternidad. Los Planes de Igualdad estudiados establecen medidas para mejorar la protección tanto por maternidad como por paternidad, mientras que en los CC no se establece ninguna mejora fuera de lo dispuesto legalmente. En el caso del permiso por nacimiento, aunque casi todos CC lo regulan solo 11, poco más de la mitad, lo amplían, aunque este aumento es muy escaso siendo en la mayoría de un solo día.

Por tanto se puede concluir que la negociación colectiva es más fructífera cuando se trata de negociar planes de igualdad, sin embargo, hay que tener en cuenta que, de las medidas que contienen los planes únicamente se benefician las personas que trabajan en las empresas que los elaboran y aplican, que por norma general serán empresas grandes (con más de 250 personas trabajadoras), por tanto, para el resto, las que trabajan en pequeñas y medianas empresas, únicamente se beneficiaran de las mejoras que contenga el Convenio Colectivo aplicable en su empresa, y en caso de no existir (como sucede en la mayoría) estarán a lo dispuesto en la legislación vigente.

De otra parte, el impacto que tienen estas medidas en cuanto al número de personas al que benefician es reducido. Según el Directorio Central de Empresas, en

⁵³⁷ Véase el objetivo específico: 5.2. Mejorar las medidas conciliadoras y fomentar la corresponsabilidad. Medida/Acción 9. Plan de Igualdad de IKEA Ibérica, S.A., cit. Pág. 30.

España a 1 de Enero de 2014 las PYMES representan el 99,88% de las compañías, esto se traduce en 3.110.522 de pymes, según recoge el informe “Retrato de las PYME 2015” que realiza un órgano dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo; la Subdirección General de Apoyo a la pyme. Se consideran pequeñas y medianas empresas aquellas que tienen entre 0 y 259 personas asalariadas, dentro de las PYMES están las microempresas (de 0 a 9 empleados) que en España suponen el 95,8% del total de empresas⁵³⁸.

Y en cuanto al empleo que estas generan, durante 2014 la PYME española ocupó al 66% del total de personas trabajadoras. En particular, las empresas de menor dimensión son las que emplean un mayor número. Las microempresas (0-9 personas asalariadas) generan el 32,6% del empleo, las pequeñas empresas (10-49 personas asalariadas) representan el 18,6% del empleo total y las medianas (50-249 personas asalariadas) el 14,8%⁵³⁹. Por tanto, las empresas que generan mayor empleo son a las que no llegan las medidas de los planes de igualdad.

Se puede concluir que se benefician de una mayor protección por maternidad y paternidad las personas que trabajan en las grandes empresas, asimismo algunas de estas organizaciones elaboran sus propios planes de conciliación al margen del plan de igualdad y del Convenio Colectivo sectorial, y también muchas de ellas elaboran su propio CC de empresa donde también incluyen mejoras en las medidas de conciliación, más que las que incluyen los CC a nivel sectorial.

⁵³⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. “Retrato de las PYME 2015”. Subdirección General de Apoyo a la PYME. Edición: enero de 2015. http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf. Consultado el día 13-11-2015, pág. 1.

⁵³⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. “Retrato de las PYME 2015”. Cit., pág. 3.

IV. LAS AYUDAS FAMILIARES

1. Medidas de apoyo a nivel fiscal

1.1. Apoyo a la maternidad

En el año 2003 se modificó la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, para introducir una ayuda a la maternidad a nivel fiscal, consistente en una “deducción por maternidad” por hijos e hijas menores de 3 años de hasta 1.200 € anuales, por cada persona menor nacida o adoptada en territorio español⁵⁴⁰. Esta deducción por maternidad regulada actualmente en el art. 81 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF)⁵⁴¹.

La titularidad de esta ayuda es de las mujeres trabajadoras, aunque hay algunas excepciones, así en caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre, o en su caso a un tutor; éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente, siempre que cumpla los requisitos previstos para tener derecho a su aplicación. A estos efectos, la deducción se prorratea por meses, así los meses durante los que vivió la madre le corresponde a ella el derecho a la deducción, y el mes de fallecimiento y los siguientes al padre.

Esta deducción se podrá hacer efectiva de dos maneras:

1ª) De forma anticipada. El abono anticipado de la deducción por maternidad podrá ser solicitado a la Agencia Tributaria por las mujeres con hijos e hijas menores de

⁵⁴⁰ Artículo trigésimo cuarto. LEY 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes. (BOE, núm. 303, de 19 diciembre 2002).

⁵⁴¹ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE, núm.285, de 29 de noviembre de 2006). Art. 81.1: “Las mujeres con hijos menores de tres años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta ley, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad, podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años. En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil”.

3 años, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la que estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad, pudiendo minorar la cuota diferencial del IRPF hasta en 1.200 € anuales por cada menor de 3 años. Siendo el cobro mensual por un importe de 100 euros⁵⁴².

2ª) Aplicando la deducción en la declaración anual del IRPF (Declaración de Renta). No obstante, cuando se perciba la deducción de forma anticipada no se minorará la cuota diferencial del impuesto⁵⁴³, es decir, no se podrá volver a practicar en la renta.

No obstante, se establecen unos requisitos de cotización a la Seguridad Social para poder percibir su abono de forma anticipada por cada uno de los meses que estén dadas de alta en la S.S. o Mutualidad y coticen por unos plazos mínimos⁵⁴⁴.

Sin embargo, esta ayuda fiscal para las mujeres que trabajan y a la vez son madres con descendientes de corta edad tiene algunos aspectos criticables:

Primero: No se trata en sí de una paga para las madres trabajadoras, sino de la posibilidad de recibir anticipadamente la deducción por maternidad contemplada en el art. 81 de la LIRPF. Es decir, pueden recibir anticipadamente la deducción que se aplica en la declaración de la renta en concepto de “mínimo por descendientes” del artículo 58 de la LIRPF. La Agencia Tributaria para una adecuación del impuesto a las circunstancias personales y familiares de las personas contribuyentes, establece

⁵⁴² Art. 60. 5. 2º c) Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. (BOE, núm. 78, de 31 de marzo de 2007).

⁵⁴³ Art. 81.3 LIRPF.

⁵⁴⁴ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. Art. 60.5.1º: “*Los contribuyentes con derecho a la aplicación de esta deducción podrán solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria su abono de forma anticipada por cada uno de los meses en que estén dados de alta en la Seguridad Social o Mutualidad y coticen los plazos mínimos que a continuación se indican:*

a) Trabajadores con contrato de trabajo a jornada completa, en alta durante al menos quince días de cada mes, en el Régimen General o en los Regímenes especiales de la Minería del Carbón y de los Trabajadores del Mar.

b) Trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial cuya jornada laboral sea de, al menos, el 50 por ciento de la jornada ordinaria en la empresa, en cómputo mensual, y se encuentren en alta durante todo el mes en los regímenes citados en el párrafo anterior.

c) Trabajadores por cuenta ajena en alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el mes y que realicen, al menos, diez jornadas reales en dicho período.

d) Trabajadores incluidos en los restantes Regímenes Especiales de la Seguridad Social no citados en los párrafos anteriores o mutualistas de las respectivas mutualidades alternativas a la Seguridad Social que se encuentren en alta durante quince días en el mes”.

mínimos personales y familiares que constituyen la parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares de la persona contribuyente, no se somete a tributación por este Impuesto⁵⁴⁵. Así establece el mínimo por descendientes del art. 58 que en caso de menores de tres años es de 2800 euros mensuales⁵⁴⁶.

Segundo: Si es una ayuda por cuidado de hijos e hijas, debería ser para todas las personas que trabajen y no tengan un cónyuge en casa para cubrir el cuidado de la prole, (o, alternativamente, para todas las personas que presenten factura de gastos de los cuidados de hijos e hijas). Aunque en la práctica no haya un número significativo de hombres que sean cabeza de familia monoparental, negarles este derecho sienta un precedente de discriminación jurídica en contra del proceder habitual en nuestro sistema de impuestos y prestaciones. Este extremo es importante porque supone establecer que el cuidado de las criaturas es un asunto exclusivo de las mujeres⁵⁴⁷.

Tercero: Esta deducción dirigida exclusivamente a las madres trabajadoras, beneficia más a las que tienen una estabilidad laboral y trabajan a tiempo completo, que a las que lo hacen a tiempo parcial, ya que está condicionada a que las cotizaciones a la Seguridad Social alcancen la cuantía mensual de 100 euros. Por tanto, quedan excluidas de esta ayuda las madres no trabajadoras, ya que al no cotizar no tienen derecho a la misma; y las madres trabajadoras a tiempo parcial con jornada inferior al 50% de la jornada ordinaria, por cotizar poco al sistema.

Cuarto: Aunque cuando se creó esta reducción de impuestos se le dio el tratamiento de “acción positiva” con la doble finalidad de incentivar el empleo femenino y compensar a las mujeres por su menor renta. Se intentaba fomentar que las mujeres casadas y con hijos e hijas muy pequeñas trabajasen a jornada completa ya que lo hacen en menor medida que los hombres⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Art. 56.1 LIRPF.

⁵⁴⁶ Art. 58 LIRPF.

⁵⁴⁷ PAZOS MORÁN, M.; y PÉREZ BARRASA, T.: “Política familiar, imposición efectiva e incentivos al trabajo en la reforma de la imposición sobre la renta personal (IRPF) de 2003 en España”. *Papeles de trabajo. Serie economía*, núm. 16, 2004, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 27-28.

⁵⁴⁸ LEY 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes. Cit. Exposición de motivos: “con la finalidad de compensar los costes sociales y laborales

No obstante, cabe preguntarse si este incentivo fiscal puede aumentar la tasa de empleo femenino, y si es una motivación suficiente para que la mujer casada con descendencia de tan corta edad tenga un empleo remunerado a jornada completa. Parece que la respuesta es no, ya que para poder trabajar a jornada completa las mujeres normalmente contratan servicios externos para el cuidado de las criaturas, bien contratando a una persona que los cuide en casa (empleada de hogar, digo empleada ya que son mujeres en la mayoría de los casos), o a través de Escuelas infantiles-guarderías. Sin embargo, estos servicios externos suponen un gasto muy superior a los 100 euros mensuales de esta ayuda, lo cual no parece muy tentador para que las mujeres abandonen la crianza para incorporarse al mercado de trabajo a tiempo completo o para que quienes lo hacen a tiempo parcial decidan hacerlo a jornada completa. Más bien el efecto de esta medida, al ser en exclusiva para madres-trabajadoras, es el de fomentar la continuidad de la mujer-madre casada en el rol de cuidadora y trabajadora a doble jornada.

1.2. Ayudas familiares

El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, a través de su artículo 4, modifica la LIRPF con efectos 1 de enero de 2015, para introducir otras deducciones fiscales que se podrían calificar como “ayudas a la familia” reguladas en el art. 81 bis de esta norma como “Deducciones por familia numerosa o personas con discapacidad a cargo”⁵⁴⁹.

derivados de la maternidad, se agrega un nuevo supuesto de deducción en cuota para las madres con hijos menores de tres años que trabajen fuera del hogar”.

⁵⁴⁹ Art. 81 bis LIRPF. Mediante esta deducción las personas que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad, podrán minorar la cuota diferencial del impuesto en las siguientes deducciones:

- a) Por cada descendiente con discapacidad con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes, hasta 1.200 euros anuales.
- b) Por cada ascendiente con discapacidad con derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes, hasta 1.200 euros anuales.
- c) Por ser un ascendiente, o una hermana y un hermano huérfano de padre y madre, que forme parte de una familia numerosa o por ser un ascendiente separado legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos o hijas sin derecho a percibir anualidades por alimentos, hasta 1.200 euros anuales. En caso de familias numerosas de categoría especial, esta deducción se incrementará en un 100 por ciento, es decir, la deducción sería 2.400 euros anuales.

Esta medida a diferencia de la deducción por maternidad, es una medida neutra, de la cual pueden beneficiarse ambos progenitores por igual, pues la Ley dispone que *“cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación de alguna de las anteriores deducciones respecto de un mismo descendiente, ascendiente o familia numerosa, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales”*⁵⁵⁰. Además el Reglamento del impuesto contempla la posibilidad de cesión de la deducción, por tanto, cuando dos o más personas contribuyentes tengan derecho a la aplicación de alguna de las deducciones respecto de un mismo descendiente, ascendiente o familia numerosa, se podrá ceder el derecho a la deducción a uno de ellas⁵⁵¹. En la cesión se tienen en cuenta los meses en que cualquiera de las personas beneficiarias cumpla los requisitos, y el cómputo de las cotizaciones y cuotas de la Seguridad Social y Mutualidades se realiza de forma conjunta.

No obstante, en esta deducción fiscal se crea una figura nueva “el ascendiente separado legalmente o sin vínculo matrimonial con dos hijos e hijas”, por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo por descendientes del art. 58 LIRPF, y sin derecho a percibir pensión de alimentos⁵⁵². Aunque esta medida beneficia a las familias monoparentales numerosas siendo indiferente el sexo del progenitor, en la práctica beneficiará más a las mujeres, por ser ellas principalmente las que tras la ruptura de la pareja tienen la guarda y custodia de las personas menores, y que en algunos casos no tienen derecho a pensión de alimentos, o bien que teniendo derecho, el padre no la esté abonando, lo que tendrá que acreditar la madre ante la Agencia Tributaria. Por otra parte, también estarían incluidas en esta figura, las madres solteras y las viudas con dos hijos o hijas.

Otra novedad, es que incluye como personas beneficiarias a “las hermanas y hermanos huérfanos de padre y madre”, que formen parte de una familia numerosa⁵⁵³, y que igualmente trabajen por cuenta ajena o propia. Da así cobertura a las personas huérfanas totales en defecto de los progenitores fallecidos.

⁵⁵⁰ Art. 81 bis. 1 LIRPF.

⁵⁵¹ Art. 60 bis 5. Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

⁵⁵² Art. 81 bis c) LIRPF.

⁵⁵³ Art. 81 bis c) LIRPF.

Por otra parte, las personas contribuyentes con derecho a la aplicación de estas deducciones podrán solicitar a la Agencia Tributaria su abono de forma anticipada (con carácter mensual a razón de 100 euros o 200 las familias numerosas de categoría especial) por cada uno de los meses en que estén dados de alta en la Seguridad Social o Mutualidad y coticen por plazos mínimos⁵⁵⁴ en las mismas condiciones que para la deducción por maternidad.

No obstante, esta deducción también incluye como personas beneficiarias a quienes perciban la prestación de desempleo o una pensión de los regímenes públicos⁵⁵⁵, para estas personas contribuyentes no será necesario que ejerzan una actividad por cuenta propia o ajena, ni resulta de aplicación el límite del importe de las cotizaciones y cuotas satisfechas a la Seguridad Social y Mutualidades de carácter alternativo.

Estas deducciones en el impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se harán efectivas en la declaración del IRPF del ejercicio 2015 (a presentar en 2016), si bien puede solicitarse su abono anticipado con carácter mensual con algunas especialidades, pues existe la posibilidad de la tramitación del abono anticipado mensual de la deducción con las siguientes modalidades:

1. Colectiva. La solicitud deberá presentarse por todas las personas que pudieran tener derecho a la deducción. El abono de la deducción íntegra se efectuará a quien figure como primera persona solicitante, que deberá cumplir los requisitos en el momento de presentar la solicitud. Se entiende cedida la deducción a favor de la primera persona que la solicite. Esta modalidad la solicitarán por norma general los matrimonios donde uno de los progenitores será el primer solicitante.

2. Individual. Se abonará a cada persona solicitante la cantidad que resulte de dividir el importe que proceda, entre el número de contribuyentes que pudieran tener derecho a la deducción. Esta modalidad será utilizada en casos de pareja divorciadas o sin vínculo matrimonial donde cada progenitor de forma independiente solicitara la deducción a la Agencia Tributaria. En caso de cesión esta debe constar en las declaraciones de todas las personas con derecho a la deducción.

⁵⁵⁴ Art. 60 bis 3. Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

⁵⁵⁵ Art. 81 bis.1 LIRPF.

La finalidad de esta deducción fiscal es adecuar el impuesto a las circunstancias personales y familiares de las personas contribuyentes.

2. Las ayudas familiares de la Seguridad Social

Aunque a las ayudas familiares de la Seguridad Social pueden acceder tanto hombres como mujeres, se analizan en este trabajo para poner de manifiesto la escasa protección que proporciona nuestra legislación a las familias. Estas prestaciones están destinadas a cubrir la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos e hijas en determinados casos.

2.1. Prestación económica por hijo o hija o menor a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción

Consiste en una asignación económica que se reconoce por cada hija e hijo a cargo de la persona beneficiaria menor de 18 años o mayor afectado de una discapacidad en grado igual o superior al 65%, cualquiera que sea su filiación, así como por las personas menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción⁵⁵⁶. Se considera hijo o hija o persona menor a cargo, cuando conviva y dependa económicamente de la persona beneficiaria⁵⁵⁷.

Tendrán derecho a la asignación económica quienes residan legalmente en territorio español, tengan hijos e hijas o menores acogidos a su cargo y no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores al límite que, para cada ejercicio económico, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes si la suma de los ingresos de ambos superase el límite de ingresos establecido, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos⁵⁵⁸. Por el contrario, a los efectos del

⁵⁵⁶ Art. 351 a) LGSS

⁵⁵⁷ Art. 9.1 Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social. (BOE, núm. 279, de 22 de noviembre de 2005).

⁵⁵⁸ No obstante, el art. 352.1 LGSS contempla que también se podrán beneficiar quienes perciban ingresos anuales, por cualquier naturaleza, que superen el citado límite establecido, pero sean inferiores a

reconocimiento de la condición de persona beneficiaria de la asignación económica por hijos o hijas o personas menores acogidas a cargo con discapacidad no se exigirá límite de recursos económicos⁵⁵⁹.

También pueden beneficiarse de las asignaciones que, en razón de ellos, corresponderían a sus progenitores o adoptantes, otras personas dentro de la familia⁵⁶⁰.

La determinación de la persona beneficiaria en caso de convivencia familiar, si en ambos progenitores, adoptantes o acogedores; concurren las circunstancias necesarias para ser beneficiarios de la asignación económica, derivada de un mismo causante, el derecho a percibirla solamente podrá ser reconocido en favor de uno de aquéllos, determinado de común acuerdo. De no existir acuerdo, se estará a las reglas que en cuanto a la patria potestad y guarda establece el Código Civil⁵⁶¹. En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, será para quien tenga la persona menor a su cargo (que por norma general será la madre). Cuando por resolución judicial se hubiera acordado el ejercicio compartido de la guarda y custodia, la prestación se reconocerá, cada uno de las personas beneficiarias, en proporción al tiempo en que le haya sido reconocida la custodia. Esto será de aplicación también en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal⁵⁶².

Por otra parte, en caso de que las personas menores hayan sido abandonadas por sus progenitores o adoptantes, la asignación les corresponderá a sus representantes legales o a quienes les tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerles y cuidarles⁵⁶³.

la cuantía que resulte de sumar a dicha cantidad el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo, hija o menor acogido por el número de hijos, hijas o menores acogidos a cargo.

⁵⁵⁹ Art. 352.3 LGSS.

⁵⁶⁰ Art. 352.2 LGSS: “Serán, asimismo, beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus padres:

a) Los huérfanos de padre y madre, menores de dieciocho años o mayores de dicha edad y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento.

b) Quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.

c) Los hijos con discapacidad mayores de dieciocho años cuya capacidad no haya sido modificada judicialmente y conserven su capacidad de obrar serán beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres”.

⁵⁶¹ Art. 11.1 RD 1335/2005, de 11 de noviembre.

⁵⁶² Art. 11.2 RD 1335/2005, de 11 de noviembre.

⁵⁶³ Art. 11.3 RD 1335/2005, de 11 de noviembre.

En lo referente a la cuantía de las prestaciones, está viene determinada por la situación de la persona menor; así únicamente son cuantiosas las prestaciones familiares cuando los hijos o hijas están afectadas por una discapacidad considerable, a partir de un 65%⁵⁶⁴. No obstante, la más generosa es para quienes tienen a cargo descendientes con una discapacidad más severa, a partir del 75%, su justificación es debida a que estos necesitan la ayuda de una tercera persona para realizar los actos más elementales de la vida. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la mayoría de las personas que cuidan de personas menores dependientes son mujeres, y que estos cuidados necesitan una dedicación a tiempo completo, por tanto, difícilmente la madre podrá tener un empleo remunerado.

En conclusión, en un país como España donde la familia es la proveedora de servicios de cuidados y donde “la madre” es quien se ocupa en la mayoría de los casos del cuidado diario de las personas con discapacidad⁵⁶⁵, las prestaciones familiares no contributivas existentes resultan insuficientes.

En el caso de una familia con un descendiente sin discapacidad, y siempre que los progenitores tengan unos ingresos muy reducidos (11.576,83 euros anuales)⁵⁶⁶, podrán cobrar la ridícula cantidad de 24,25 euros al mes por hijo o hija⁵⁶⁷. Así en el caso muy común de una familia formada por los dos progenitores y dos criaturas, se computarán los ingresos de ambos, por tanto, si entre los dos ganan más de 13.313,35

⁵⁶⁴ Art. 353.2 LGSS. “En los casos en que el hijo o menor a cargo tenga la condición de persona con discapacidad, el importe de la asignación económica será, en cómputo anual, el siguiente:

a) 1.000 euros, cuando el hijo o menor a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

b) 4.414,80 euros, cuando el hijo a cargo sea mayor de dieciocho años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento.

c) 6.622,80 euros, cuando el hijo a cargo sea mayor de dieciocho años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por ciento y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

⁵⁶⁵ RODRÍGUEZ AGUILELLA, A.; VERDUGO ALONSO, M.A.; y SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.: “Calidad de vida familiar y apoyos para los progenitores de personas con discapacidad intelectual en proceso de envejecimiento”. *Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol. 39 (3), núm. 227, 2008, págs. 30-31.

⁵⁶⁶ Art. 352.1 c) LGSS.

⁵⁶⁷ El art. 353. 1 LGSS, contempla que la cuantía económica para las personas menores de 18 años sin discapacidad, será en cómputo anual, de 291 euros.

euros al año⁵⁶⁸, o lo que es lo mismo, 1.109,45 euros al mes con las pagas extras incluidas, no tendrán derecho a la prestación.

2.2. Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo o hija, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad

Prestación económica de pago único que se reconoce por el nacimiento o adopción de hijo e hija en familias numerosas o que, con tal motivo, adquieran dicha condición; en familias monoparentales y en los casos de madres que padezcan una discapacidad igual o superior al 65%, siempre que no se supere un determinado nivel de ingresos⁵⁶⁹.

Del mismo modo que la prestación económica anterior para ser beneficiarios de esta prestación los progenitores no pueden superar un determinado nivel de ingresos anuales, que son los mismos establecidos para la prestación por hijo e hija a cargo⁵⁷⁰.

La prestación se abona en un pago único, cuya cuantía asciende a 1.000,00 euros⁵⁷¹, importe insuficiente para compensar la especial necesidad en estas familias.

Por otra parte, de esta prestación se beneficiarán principalmente las mujeres, ya que las familias monoparentales en España están formadas fundamentalmente por ellas, también son las beneficiarias expresamente las madres, si tienen una discapacidad igual o superior al 65%; y en el supuesto de familias numerosas, en caso de desacuerdo entre los miembros de la pareja será la madre la beneficiaria.

2.3. Prestación económica por parto o adopción múltiples

Prestación de pago único que tiene por objeto compensar, en parte, el aumento de gastos que produce en las familias el nacimiento o la adopción múltiples. Se beneficiarán de la prestación económica por parto o adopción múltiples producidos en

⁵⁶⁸ Art. 352. 1 c) LGSS: “No perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.576,83 euros. La cuantía anterior se incrementará en un 15 por ciento por cada hijo o menor a cargo, a partir del segundo”.

⁵⁶⁹ Art. 357.1 LGSS.

⁵⁷⁰ Art. 352.1 c) LGSS.

⁵⁷¹ Art. 358.1 LGSS.

España las personas, padre o madre o, en su defecto, quien reglamentariamente se establezca, que residan legalmente en territorio español y no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social⁵⁷².

La determinación del sujeto beneficiario viene establecida por el artículo 25 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, y será:

- a) Si existe convivencia de los progenitores o adoptantes: Cualquiera de ellos, de común acuerdo. Se presume que existe acuerdo, cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos. “A falta de acuerdo, será beneficiaria la madre”.
- b) Si no existe convivencia de los progenitores o adoptantes, el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos e hijas.
- c) Cuando los sujetos causantes queden huérfanos de ambos progenitores o adoptantes o sean abandonados, será beneficiaria la persona física que legalmente se haga cargo de las y los nacidos o adoptados.

La cuantía de la prestación económica por parto o adopción múltiples está establecida en función del número de hijos o hijas nacidas o adoptadas y el SMI. Así, si el número de personas nacidas o adoptadas son dos, da lugar a cuatro veces el SMI (2.620,80 euros); si son tres, 8 veces el SMI (5.241,60 euros); y si son cuatro o más, doce veces el SMI (7.862,40 euros)⁵⁷³. No hay límite de ingresos de los progenitores para percibir esta ayuda.

⁵⁷² Art. 359 LGSS.

⁵⁷³ Art. 360 LGSS.

CAPÍTULO CUARTO

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

Las mujeres desde su incorporación masiva al mundo laboral han trabajado y a la vez sean responsabilizado del cuidado de la prole, de los familiares dependientes y del trabajo doméstico, por eso el mercado laboral se ha organizado en torno al modelo de trabajador en exclusiva hombre, que no ha asumido ninguna responsabilidad dentro de la esfera privada. Esto ha producido que las mujeres trabajen en las dos esferas de la vida, la pública (mercado de trabajo) y la privada (los cuidados y las tareas domésticas), teniendo verdaderos conflictos para poder desempeñar ambos trabajos a la vez. Así las mujeres concilian vida laboral y familiar, pero a costa de no tener tiempo libre para el ocio, de renunciar a la promoción profesional, renunciar a un empleo a tiempo completo, a cambio de realizar trabajos precarios, o eligiendo a priori profesiones con un horario que les va a permitir conciliar en un futuro, y en último extremo renunciando a un empleo remunerado.

Con la incorporación de las mujeres al mercado laboral se ha producido lo que se denomina la “doble jornada de trabajo”, las mujeres trabajan fuera y dentro del hogar. A la jornada laboral legalmente establecida (8 horas diarias) se suma otra jornada de trabajo doméstico y de cuidados, así al hogar y a la familia las mujeres dedican 4 horas y 7 minutos al día⁵⁷⁴, mientras que los hombres lo hacen 1 hora y 54 minutos. Esta no incorporación de los hombres al trabajo doméstico y a los cuidados, ha provocado que sean las mujeres las únicas que tengan la necesidad de conciliar vida laboral y familiar.

Para ello, la solución propuesta por la mayoría de los países no ha sido intentar implicar a los hombres en estas tareas sino poner en pie las llamadas “políticas de conciliación”. Por este término se denomina a un conjunto de medidas dirigidas a que las mujeres simultaneen el trabajo asalariado con el trabajo doméstico a lo largo de su vida, con ciertos periodos dedicados en exclusividad al trabajo doméstico y otros a

⁵⁷⁴ INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Diferencias del uso del tiempo. <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>. Consultado el día 12-11-2015.

tiempo parcial en ambas ocupaciones. Y a cambio se les dan compensaciones por el cuidado, incentivos a la natalidad, o incentivos a la contratación de mujeres⁵⁷⁵.

Se ha señalado por la doctrina, que “no es misión de los poderes públicos –al menos en nuestro ordenamiento jurídico- establecer (y mucho menos imponer) modelos determinados de convivencia familiar o “políticas de familia” concretas. La organización de la familia pertenece al terreno de la privacidad de los individuos. Pero, partiendo de esta realidad (la división sexual del trabajo), no es menos cierto que los poderes públicos deben tratar de eliminar al máximo todos los obstáculos o dificultades que afectan directamente a la familia, para que dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección”⁵⁷⁶.

Por tanto, los poderes públicos deben legislar para conseguir que el equilibrio en el reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres pueda ser efectivo y ambos puedan compatibilizar el tiempo de trabajo y el tiempo de atención a la familia.

1. Las políticas de conciliación de primera generación

El Derecho del trabajo en Europa se creó pensando en un trabajador-hombre del sector industrial, a jornada completa y responsable del sostén económico familiar, que no precisaba medidas de conciliación, porque no se le considera responsable de las tareas domésticas y de cuidado; este "modelo" define los derechos laborales y la organización del trabajo⁵⁷⁷.

“Este modelo normativo inspirado por la división sexual tradicional del trabajo, no buscaba conciliar la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, sino facilitar que la mujer se dedicase a las labores domésticas y al cuidado de la prole. No existían, en consecuencia, derechos de conciliación. Si la mujer no trabajaba fuera de casa, supuesto más normal, los hombres no los necesitaban, y, en los supuestos excepcionales de trabajo femenino extradoméstico, la legislación no pretendía otorgar ni

⁵⁷⁵ PAZOS MORÁN, M.: “División sexual del trabajo y políticas públicas”, *Instituto de Estudios Fiscales*, septiembre de 2008, pág. 4.

⁵⁷⁶ AGUILERA IZQUIERDO R. y GIL PLANA J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*; cit., pág. 12.

⁵⁷⁷ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.T.: “La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2006. Consejo General del Poder Judicial, pág. 4.

a los hombres, por supuesto, pero ni siquiera a las mujeres, derechos dirigidos a la conciliación. Frente a este tradicional modelo normativo, apareció un nuevo modelo -a impulsos, en una buena medida, de las necesidades de mano de obra derivadas de la falta de hombres durante y después de la Segunda Guerra Mundial- que, sin pretender alterar el *status quo* doméstico, facilitaba el derecho de las mujeres a trabajar. Surgen así derechos de conciliación, normalmente con incidencia sobre el tiempo de trabajo: permisos, reducciones de jornada o excedencias, que derivaron en un uso femenino -en algunas ocasiones, porque su titularidad era exclusivamente femenina, y en otras porque, aunque su titularidad fuese formalmente indistinta, eran las mujeres, por los condicionantes de género, quienes los utilizaban. De este modo, y aunque su finalidad no era facilitar la vuelta de la mujer al hogar -como ocurría con el modelo normativo tradicional-, los derechos de conciliación -que, podríamos denominar de primera generación- acababan en la práctica sometiendo a las mujeres a la difícil elección de no asumir responsabilidades familiares, o asumirlas interrumpiendo su carrera profesional y enfrentándose a dificultades de reincorporación, las cuales, en muchas ocasiones, acababan atrapando definitivamente a la mujer en el hogar. En consecuencia, la nueva versión de la vuelta al hogar”⁵⁷⁸.

Por otra parte, en sus orígenes en la Unión Europea, las medidas de conciliación iban destinadas a conseguir que las mujeres permanecieran en el mercado de trabajo y siguieran procreando para mantener la estabilidad económica de la UE⁵⁷⁹.

En nuestro país en esta primera fase cabe destacar la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, donde los derechos vinculados a la conciliación eran de titularidad femenina (la licencia por maternidad, el permiso de lactancia, e incluso la excedencia para cuidado de hijos e hijas). Solo la reducción de jornada por guarda legal era de titularidad indistinta, aunque se concedía a un único progenitor, que probablemente sería solicitada por la madre como sucede actualmente. Con la aprobación del ET 1980, la excedencia para atender el cuidado de hijos e hijas deja de

⁵⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, cit., págs. 17-18.

⁵⁷⁹ En este sentido, JUARISTI BESALDUC, E.: “Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?”. *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, CIES, núm. 96, marzo del 2012, pág. 11. Según un análisis realizado sobre la normativa de la Unión Europea más relevante en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; concluye que prácticamente la totalidad de los textos estudiados presentan una finalidad económica tras el aparente objetivo social que persiguen y pretenden en primera instancia.

ser titularidad de la madre pudiendo disfrutar el derecho también el padre, eso sí, cuando ambos progenitores trabajaban sólo uno de ellos podía ejercitar este derecho, a elección de los progenitores, derecho que casi en exclusiva recaía en la madre.

Esta feminización de las medidas orientadas a la conciliación, que en su momento despertaron expectativas de avance, se ha convertido en un lastre que contribuye a reproducir el patriarcado, manteniendo a las mujeres sujetas a sus funciones reproductivas, consideradas ahora no únicas para ellas, pero sí prioritarias frente a los nuevos roles laborales femeninos⁵⁸⁰. Estas primeras políticas encaminadas a que concilien vida laboral y familiar únicamente las mujeres hacen que actualmente –a pesar de que las medidas de conciliación van dirigidas a ambos sexos- las usen mayoritariamente las mujeres.

2. Las políticas de conciliación de segunda generación

En esta etapa no se pretende conciliar la vida laboral, familiar y personal de las mujeres, se aspira a la asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de condiciones conciliar las vidas personal, familiar y laboral.

A nivel comunitario el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral puede verse con la publicación de la Directiva 96/34/CE, del consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que constituye el primer enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares, esta Directiva supone el tránsito de “una mera política laboral y de protección social a una política familiar”, que tuvo su reflejo a nacional, con la publicación de la Ley de conciliación⁵⁸¹.

En nuestro ordenamiento jurídico “hasta la Ley de Conciliación, no se reconocía la titularidad individual de ningún derecho de conciliación, de modo que, aunque se

⁵⁸⁰ ROYO PRIETO, R.: “Maternidad, paternidad y desigualdad de género: los dilemas de la conciliación”. *Revista de servicios sociales*, núm. 53, 2013, págs. 126-127.

⁵⁸¹ AGUILERA IZQUIERDO, R y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, cit., págs. 12-13.

había parificado la titularidad de la mayoría de los derechos –salvo el permiso de lactancia-, sólo se reconocía un derecho a ambos progenitores, y eran éstos, por su voluntad, quienes decidían quien lo ejercía enteramente, lo cual degeneraba en un ejercicio femenino exclusivo. La Ley de Conciliación, reconoció la individualización de derechos respecto a la reducción de jornada, sea por guarda legal sea para cuidado de familiares, y respecto a la excedencia, sea para cuidado de hijos o hijas, sea para cuidado de familiares, en términos muy tajantes: “(constituyen) un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”⁵⁸².

De esta forma, desaparece de nuestra legislación la anterior prohibición al ejercer de forma conjunta el derecho por ambos progenitores, que llevaba implícita la pretensión de que solo las mujeres hicieran el uso de los mismos. Una titularidad individualizada implica además que si uno de los progenitores trabaja por cuenta ajena y el otro por cuenta propia, o es funcionario, puede perfectamente acogerse a una medida de conciliación.

Esta norma supone el primer avance legislativo sustancial en materia de conciliación al introducir cambios legislativos para que las personas trabajadoras puedan participar de la vida familiar, tratando además de que esta no afecte negativamente al empleo de las mujeres y pretende facilitar que los hombres puedan ser coparticipes en los cuidados⁵⁸³. Sin embargo, esta ley ha fracasado en su propósito, y estos cambios legislativos introducidos no suficientes, como demuestran las estadísticas que revelan que siguen siendo las mujeres quienes se acogen a las medidas conciliatorias pasándoles esto factura en sus condiciones laborales.

La siguiente norma que legisla en este ámbito es la LOI, que en comparación con la anterior, tiene una vocación más progresista al declarar en su artículo 44.1 que los derechos de conciliación se reconocerán a “los trabajadores y las trabajadoras en

⁵⁸² LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, cit., pág. 73.

⁵⁸³ Exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. “Introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. 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. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser coparticipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”.

forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio". Establece expresamente que se reconocen a ambos sexos "trabajadores y trabajadoras". Siendo la medida más destacable de la LOI para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, la instauración del permiso por paternidad, creando así un derecho de conciliación masculino que pretende contribuir a cambiar los roles y estereotipos, aunque limitados al ser un permiso voluntario.

Estas dos leyes (Conciliación e Igualdad) son las más importantes en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la regulación de la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, sin embargo, ninguna de las dos han dado un paso más para incluir a los derechos de conciliación dentro de los derechos básicos de las personas trabajadoras del art. 4.1 ET.

Por otra parte, uno de los rasgos que caracteriza al Estado español en relación a las políticas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar es su dispersión, tanto por la diversidad de iniciativas que las fundamentan como por la pluralidad de Administraciones competentes en la materia (estatal, autonómica y local) y la diversidad de departamentos para su puesta en práctica (Hacienda, Trabajo y Asuntos Sociales, Educación, etc...). A este respecto, en los últimos años se vienen desarrollando a nivel autonómico medidas complementarias para conciliar la vida laboral y familiar, concentrándose las mayores innovaciones en la figura y función de los hombres como cuidadores de sus hijos e hijas, si bien desde diferentes ópticas y lógicas⁵⁸⁴.

En busca de esa asunción igualitaria de responsabilidades la UE dicta la Directiva 2010/18/UE que adopta como clave del éxito de las políticas destinadas a favorecer la armonización de tiempos entre el ámbito familiar y el laboral, la necesidad de conseguir que los derechos orientados a ese objetivo sean ejercitados indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadores y trabajadoras, apostando por el reparto equilibrado de las responsabilidades en el cuidado de los hijos y las hijas y de otros familiares física o mentalmente dependientes, premisa que obliga a replantear algunas de las previsiones de Derecho interno, máxime si se tiene en cuenta que la mujer ha sido

⁵⁸⁴ ESCOBEDO, A. y NAVARRO, L.: *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*. Universitat Autònoma de Barcelona. Informe de resultados 30/03/2007. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, págs. 15-16.

y sigue siendo en España la “cuidadora” clásica y tradicional de los menores, los mayores, de las personas enfermas y de las discapacitadas⁵⁸⁵.

II. LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El problema de la conciliación de la vida laboral y familiar, no es un problema de las mujeres trabajadoras, es un problema de la sociedad y por tanto el Estado debe legislar en consecuencia. En definitiva, la conciliación, es un problema que, surgiendo en el ámbito privado, tiene una dimensión pública⁵⁸⁶.

A continuación se analizan con perspectiva de género las medidas de conciliación existentes en nuestro ordenamiento jurídico para comprobar, por una parte, si dichas medidas perpetúan los roles de género en lo que respecta a la crianza, y por otra, si nuestra legislación laboral en materia de conciliación es protectora de los derechos de las personas que las disfrutan (principalmente las mujeres) o por el contrario frenan la carrera profesional de las mujeres.

Una vez finalizados los permisos por maternidad y paternidad, los progenitores tienen que retornar a la vida laboral y tendrán que compatibilizar esta con la crianza. Para hacer posible esta compatibilización podrán hacer uso de las llamadas “medidas de conciliación”. Sin embargo, para las madres trabajadoras el permiso por maternidad es solo el comienzo, pues aunque ambos progenitores tienen los mismos derechos para acogerse a una medida de conciliación, pasada esta licencia son las madres las que fundamentalmente continúan con permisos laborales retribuidos o no, para ocuparse de los hijos o hijas.

Por otra parte, en la actualidad la precariedad laboral que sufre el país, como consecuencia de la larga crisis económica, es el mayor enemigo de las medidas de conciliación, pues si los progenitores (especialmente las mujeres) no trabajan o trabajan

⁵⁸⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo en España: una visión panorámica”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* VVAA. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo. Pág. 12.

⁵⁸⁶ GUIRAO MIRÓN, C.: “Políticas de conciliación y políticas de igualdad. El caso español”, *Aposta revista de ciencias sociales*, núm. 49, abril, mayo y junio 2011, pág. 3. <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/cguirao1.pdf>. Consultado el día 30-06-2015.

menos (excedencia o reducción de jornada), no cobran o cobran menos. Además, existe cierto miedo a solicitar las medidas de conciliación ante las posibles represalias empresariales, tales como la pérdida del empleo tanto por despido como por la no renovación de un contrato temporal.

1. La excedencia

La excedencia según el DRAE⁵⁸⁷, es la condición de excedente, referida a la funcionaria o funcionario público que no ejerce su cargo, o a la persona trabajadora que no ocupa su puesto de trabajo durante un tiempo determinado. En nuestro ordenamiento jurídico la excedencia puede ser voluntaria o forzosa⁵⁸⁸.

La excedencia voluntaria será reconocida a la persona trabajadora con al menos una antigüedad en la empresa de un año, por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por la misma persona trabajadora si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia⁵⁸⁹.

La excedencia voluntaria se puede utilizar como medida para conciliar, motivo por el cual, sus límites fueron modificados por la LOI para acotarlos entre 4 meses y 5 años⁵⁹⁰, ya que anteriormente eran dos años, sin computar luego para antigüedad o tiempo de servicios para indemnización por despido. Hasta la LOI, la excedencia voluntaria no se había considerado en la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por tanto, los progenitores cumpliendo el requisito legal de un año de antigüedad en la empresa y transcurso de cuatro años desde la anterior disfrutada, podrán solicitarla para conciliar, no obstante, deben tener en cuenta que su disfrute únicamente asegura un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que hubiera o se produjera en la empresa⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 23ª edición, publicada en octubre de 2014. www.rae.es. Consultada el día 7-3-2016.

⁵⁸⁸ art. 46.1 ET. La excedencia forzosa dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, y se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo.

⁵⁸⁹ Art. 46.2 ET.

⁵⁹⁰ DA décimo primera apartado ocho LOI.

⁵⁹¹ Art. 46.5 ET.

No obstante, nuestra legislación laboral ha configurado la excedencia como un derecho de las personas trabajadoras, posible en dos supuestos de necesidad de conciliar trabajo y cuidados familiares: los cuidados de un menor y los cuidados de un familiar. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 46.6 ET, que contempla que *“la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean”*, por tanto se podrán aumentar los casos de excedencia a otras situaciones acordadas por la negociación colectiva.

1.1. La excedencia voluntaria por cuidado de hijos o hijas

El antecedente normativo más remoto de la excedencia por cuidado de menores es el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961⁵⁹², que introdujo la posibilidad de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos e hijas por un periodo mínimo de un año y máximo de tres, y que era de exclusiva titularidad femenina. No obstante, esta norma también incluía otra excedencia para la mujer que al contraer matrimonio podía ejercer alguna de las siguientes opciones: Continuar su trabajo en la empresa, rescindir su contrato de trabajo con derecho a una indemnización o quedar en situación de excedencia voluntaria por un período no inferior a un año ni superior a tres. La finalidad de esta excedencia lógicamente era que la mujer casada tuviera descendencia, pues ese era el propósito del matrimonio, y se dedicara en exclusiva al hogar y la crianza.

La siguiente norma que reguló la excedencia fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales de 1976, que la seguía manteniendo como un derecho de la madre. No fue hasta el ET 1980 que se amplió el disfrute a favor del padre. Esta norma establecía una excedencia *“no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha del nacimiento de éste”*. Y contemplaba expresamente el derecho de ambos progenitores al permiso al disponer que *“cuando el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho”*.

⁵⁹² Art. 5.1 RD 2310/1970, de 20 de agosto: *“El alumbramiento da derecho a la mujer trabajadora a obtener una excedencia voluntaria, por un periodo mínimo de un año y máximo de tres, a contar desde que termine el descanso obligatorio por maternidad, para atender a la crianza y educación inicial de sus hijos, sin remuneración alguna”*.

Inicialmente la excedencia por cuidado de hijos e hijas carecía de garantía alguna de reserva del puesto de trabajo, con la Ley 3/1989, de 3 de marzo, se reconoce el derecho a la reserva de puesto durante el primer año de excedencia⁵⁹³. De esta manera se protege el empleo de las mujeres (pues son ellas las que principalmente se acogen a esta excedencia), y se crean posibilidades de empleo para las personas que durante su duración las sustituyan en la empresa. De otra parte, incluye que en los “*supuestos de paternidad o maternidad adoptiva pueda hacerse uso de esta excedencia, al darse en este supuesto las mismas circunstancias de necesidad de atención a los hijos que concurren en los de paternidad o maternidad por naturaleza*”.

En esa misma línea se consolidó la distinción entre hijas e hijos biológicos y por adopción en la modificación que el art. 46.3 ET sufrió a raíz de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad⁵⁹⁴. Por otra parte, esta norma establece que este periodo en excedencia será computable a efectos de antigüedad y la persona que lo disfrute tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocada por la empresa, especialmente con ocasión de su reincorporación.

Así en la actualidad la excedencia por cuidado de personas menores queda configurada en el art. 46.3 del ET, de la siguiente manera: “*Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa*”.

⁵⁹³ Ley 3/1989, de 3 de marzo, de ampliación a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. La ley en su exposición de motivos declara que “*En lo referente a la regulación de la excedencia por cuidado de hijos, la configuración de la misma como excedencia voluntaria, y sin derecho por tanto a la reserva de puesto de trabajo en la empresa, podía constituir, bien un serio factor de disuasión para el pase a esta situación, bien un elemento de apartamiento del mercado de trabajo de quienes se acogiesen a esta fórmula. Por ello se ha buscado una nueva fórmula legal que establece el derecho a la reserva del puesto de trabajo al menos durante el primer año, con lo que las empresas o la administración pueden utilizar para la sustitución temporal del trabajador o funcionario las modalidades contractuales correspondientes, con lo que se abren también posibilidades de empleo para otras personas.*”

⁵⁹⁴ Art. primero, Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad: “*Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción*”.

1.2. La excedencia por cuidado de familiares

La excedencia para el cuidado de familiares es una novedad de la Ley de Conciliación cuya finalidad es amparar a quienes resultan dependientes por edad o minusvalía. En su regulación se utiliza la misma técnica de la excedencia por cuidado de hijos e hijas y amplía los sujetos causantes del derecho a la excedencia, a los familiares de hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida; aunque la excedencia por cuidados familiares en sus inicios duraba sólo un año⁵⁹⁵.

Con la LOI se extiende al caso de acogimientos provisionales, sean permanentes o preadoptivos. De otra parte, la LOI sustituye la referencia a "minusvalía" por "discapacidad", y la amplía de uno a dos años de duración, estableciéndose, tanto para la excedencia para el cuidado de menores como para la excedencia para el cuidado de familiares, que "su periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada"⁵⁹⁶.

Queda por tanto actualmente regulada la excedencia por cuidados familiares en el art. 46.3 del ET en los siguientes términos: *“También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.”*

En el caso de excedencia para cuidado de familiares, la norma concede el derecho para el cuidado tanto de familiares por “consanguinidad” como por “afinidad”, ambos hasta segundo grado. Siendo el primero el parentesco respecto de la propia familia y el segundo respecto de la familia del cónyuge. Con respecto a ello habría que matizar estas dos situaciones:

⁵⁹⁵ Artículo cuatro, Ley de Conciliación.

⁵⁹⁶ Disposición adicional décimo primera, apartado nueve LOI.

- a) Familiar hasta el 2º grado de consanguinidad: El primer y segundo grado de consanguinidad abarca a los hijos e hijas, padres, madres, hermanos, hermanas, abuelos, abuelas, nietos y nietas. Respecto de los hijos o hijas, cabe acudir a esta modalidad de excedencia una vez superan los tres años, (límite para la excedencia por cuidado de personas menores), se hace así posible alargar la situación de excedencia, pues no se pone en duda que una persona menor sigue siendo dependiente cumplidos los tres años de edad. Pudiendo estar por tanto, hasta cinco años de excedencia para su cuidado.
- b) Familiar hasta el 2º grado de afinidad: Abarca a suegros, suegras, yernos, nueras, cuñados y cuñadas. La afinidad no puede examinarse sin poner de relieve el papel de la mujer dentro de la familia española. La inclusión de los parientes afines se traduce en el cuidado de los parientes del marido por parte de la mujer trabajadora.

“Una de las críticas más extendidas a la norma es la ausencia de mención del cónyuge, que no encaja en el concepto legal de pariente, pues no es consanguíneo y tampoco es afín, si por tales se entiende a los parientes del propio cónyuge. Puede entenderse que el cónyuge no aparece incluido por un error del legislador, pero plantea dificultades ver si la omisión va más allá. Pues no puede adivinarse si la Ley de Conciliación pretendía excluir al conviviente, no mencionándolo, o si va implícito en el involuntario olvido del cónyuge. También ha planteado problemas de definición el límite de la afinidad. Si se parte de que se incluye en tal concepto a los parientes del cónyuge, ha de valorarse si se trata solamente de los parientes consanguíneos o de los afines (no es lo mismo el hermano del cónyuge, que el cónyuge del hermano del cónyuge; como tampoco es igual el cónyuge de un consanguíneo propio, aun cuando a todos éstos se les conoce como cuñados)”⁵⁹⁷.

De otra parte, tampoco se incluye a la pareja de hecho, por tanto, por extensión se entienden excluidos a los parientes de la pareja con la que se convive, ya que al no existir matrimonio, no se pueden considerar legalmente afines, con la salvedad de que se haga una interpretación análoga, o dicho supuesto este regulado por el Convenio Colectivo o Plan de Igualdad de la empresa.

⁵⁹⁷ ARASTEY SAHÚN, M.L.: “Excedencias por cuidados familiares: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2006, Consejo General del Poder Judicial, pág. 17.

1.3. Aspectos comunes para ambas excedencias

El artículo 46.3 ET contempla las características de las excedencias en casos de cuidados de menores y familiares, que se detallan a continuación:

1^a) Pueden disfrutarse de forma fraccionada. Esta es la reforma más destacable de la LOI, al introducir la posibilidad de que la persona que se acoge a una excedencia pueda disfrutarla, reincorporarse después de cierto tiempo y situarse de nuevo en excedencia. Si se trata de una excedencia para cuidado de hijos e hijas hasta que cumplan tres años la persona trabajadora puede fraccionar su disfrute, sin que legalmente se establezca ninguna limitación al número de interrupciones posibles, ni a la duración de cada uno de los periodos. Por tanto, se podría traspasar la edad de tres años de la persona menor, pues la duración total son tres años, con independencia de las interrupciones que haya por medio, sin establecer el ET ninguna edad máxima hasta la cual pueda disfrutarse de la excedencia. En cambio, si se trata de la excedencia para cuidado de familiares, el límite al fraccionamiento es el cumplimiento del plazo de dos años de duración.

2^a) Constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. La norma deja claro que este derecho es para los padres y las madres por igual. Con ello pretende desvincular el disfrute de este permiso al exclusivo uso femenino que se ha hecho desde que se instauró. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con el permiso por maternidad, cualquiera de los dos progenitores puede solicitar la excedencia independientemente de la situación laboral del otro⁵⁹⁸.

3^a) No se prohíbe el ejercicio de este derecho por parte de más de una persona trabajadora de la empresa porque se trata de un derecho individual. Ahora bien, si dos o personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, (este sería el caso cuando ambos progenitores trabajen en la misma empresa y pretendan disfrutar de la excedencia para cuidar al mismo descendiente), la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento.

⁵⁹⁸ ARASTEY SAHÚN, M.L.: “Excedencias por cuidados familiares: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 7.

Deberá por tanto la empresa alegar las causas y los motivos por los cuales deniega dichas excedencias.

4ª) Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando. El inicio de una nueva excedencia para cuidar de un nuevo hijo o hija o familiar, dará fin a la que se viniera disfrutando. En este supuesto se puede plantear un problema, pues la garantía de reserva de puesto de trabajo solamente se mantiene durante el primer año, si se produce el solapamiento de una situación de excedencia con otra posterior, puede presentar un conflicto si tal continuidad se produce después de agotarse el primer año. Aunque la norma dice que la segunda excedencia dará fin a la primera, por tanto, se entiende que se genera un nuevo año de reserva del puesto de trabajo.

5ª) El período en que se permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad.

6ª) La persona trabajadora tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por la empresa, especialmente con ocasión de su reincorporación. Así se quiere evitar que estas excedencias perjudiquen la formación de las personas que se acogen a ellas, y sufran una descualificación. Se trata de un derecho no de una obligación, pudiendo no asistir (por estar dedicadas a los cuidados) sin que de ello tenga consecuencias negativas. Tampoco contempla la norma retribución alguna por asistir a estos cursos de formación.

7ª) Durante el primer año de excedencia las personas trabajadoras tendrán derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. No obstante, cuando formen parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial⁵⁹⁹. Se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos o hijas,

sean o no comunes (categoría general), y estarán en la categoría especial las familias formadas por cinco o más y las de cuatro de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento múltiples. Además cada persona menor discapacitada o incapacitada para trabajar, computará como dos para determinar la categoría en que se clasifica la unidad familiar de la que forma parte⁶⁰⁰.

8ª) Si la empresa se niega al reingreso, se tratará de un despido (aunque argumente la inexistencia de vacantes). Ello supone que la empresa debe reservar una plaza del mismo grupo profesional o categoría equivalente a la que sea posible adscribir al excedente cuando finalice la excedencia.

9ª) Se trata de un derecho no condicionado ni a una determinada duración del contrato de trabajo, ni a la exigencia de un tiempo mínimo de prestación de servicios previos. El derecho a la excedencia surge desde el mismo inicio de la relación laboral, sea cual sea la naturaleza de ésta. Por tanto, puede ser disfrutada en igualdad de condiciones por las personas trabajadoras, con jornada completa o parcial, y contrato indefinido o temporal⁶⁰¹.

10ª) La excedencia debe servir a la finalidad de cuidar al menor o al familiar. La situación de suspensión del contrato de trabajo puede plantear la duda sobre la facultad de la persona excedente de prestar servicios para otra empresa mientras dura la excedencia. Nuestro ET no contiene disposición alguna al respecto, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones en donde de modo taxativo se prohíbe la prestación de

⁶⁰⁰ Arts. 3 y 4. Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. (BOE, núm. 277, de 19 de Noviembre de 2003).

⁶⁰¹ En este sentido, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares”, cit., pág. 33. Las personas que trabajen con un contrato temporal pueden solicitar la excedencia por motivos familiares, ya que no se requiere que la relación laboral sea de duración indefinida según la jurisprudencia (SSTSJ de Madrid de 30 de abril de 2007, recurso 5574/2006 y de la Comunidad Valenciana de 25 de noviembre de 1997, recurso 1357/1995), y la STC 203/2000 de 24 de julio de 2000, estimó el recurso de amparo formulado por una facultativa interina a la que se le había negado la excedencia para cuidado de hijo. Por otra parte, cuando finalice el contrato temporal del excedente (por ejemplo, por realización de la obra objeto del contrato temporal para obra o servicio determinado), la empresa podrá dar por terminada la relación laboral como si estuviera en activo.

servicios profesionales a quienes se hallan disfrutando de instituciones análogas⁶⁰². Por tanto, el desarrollo de una actividad profesional puede ser compatible -por sus características, ubicación, horario, etc.- con la conciliación con el cuidado de una persona menor, mientras dura la excedencia por ese mismo hecho en otro trabajo, y no hace decaer esa excedencia, como situación asimilada al alta en la Seguridad Social, así lo dispone el Tribunal Supremo, en sentencia 708/2015, de 10 de febrero de 2015⁶⁰³.

⁶⁰² ARASTEY SAHÚN, M.L.: "Excedencias por cuidados familiares: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit. pág. 5.

⁶⁰³ Véase STS 708/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Madrid, 10 de febrero de 2015, núm. Recurso 25/2014, en la que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que una trabajadora solicitó excedencia en su trabajo por cuenta ajena para el cuidado de su quinto hijo, que le fue concedida. Posteriormente causó alta en el RETA para ejercer una actividad "que le permitía conciliar el cuidado del menor" y, cuando tuvo otro hijo, solicitó la correspondiente prestación por maternidad; la Entidad Gestora le reconoce la prestación solicitada en el RETA pero le deniega la solicitada en el Régimen General "por no estar en alta ni en situación asimilada en el Régimen General". El Juzgado de lo Social nº 3 de León estima la demanda presentada por la trabajadora, y declara "el derecho de la actora a la prestación de maternidad por el nacimiento de su sexto hijo". Recurrida en suplicación dicha sentencia por el INSS y la TGSS, la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid), en su sentencia de 30/10/2013, la revoca, estimando el recurso de dichas Entidades. Sentencia que recurre la trabajadora en casación unificadora aportando como sentencia de contraste la del TSJ de Aragón de 10/10/2012 en la que también se trata de la prestación de maternidad solicitada por una trabajadora que también se encontraba en situación de excedencia por cuidado de un hijo y que, encontrándose en dicha situación, desarrolló durante cuatro meses y medio una actividad profesional compatible con el cuidado del menor (en este caso, un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial), por lo que, al solicitar la prestación de maternidad por el nacimiento posterior de un segundo hijo, le fue denegada en vía administrativa por no encontrarse ya en situación asimilada al alta, denegación confirmada por el Juez de instancia cuya sentencia, sin embargo, fue revocada por la sentencia del TSJ aportada como contradictoria, que argumentó lo siguiente: "La prestación laboral en otra empresa durante la excedencia para cuidado de un hijo puede ser causa de despido (...) pero el mero hecho de que se presten servicios a tiempo parcial en una empresa no supone "per se" la extinción de la excedencia". Y añade que, puesto que la empresa no la había despedido, ello "supone que la situación de excedencia subsistía en la fecha del hecho causante". La sentencia recurrida del TSJ, argumenta que la excedencia en el primer trabajo continúa existiendo "pero que ha cambiado de naturaleza, transformándose de una excedencia forzosa en otra voluntaria, con las consecuencias jurídicas pertinentes: que ya no se reconocen tres años como período de cotización efectiva y, por tanto, como situación asimilada al alta". A ello se sumaría, que "la trabajadora perdería el derecho a reserva de su puesto de trabajo que quedaría degradado a un mero derecho de reingreso preferente en la empresa si hay vacante". También hablaba el TSJ del "privilegio" de considerar como cotización efectiva y situación asimilada al alta los períodos de excedencia por cuidado de hijos que según sostuvo aquel fallo "se anuda por la Ley a la dedicación exclusiva al cuidado de hijos o familiares". El Tribunal Supremo corrige esta interpretación y asegura que "no hay tal referencia a la exclusividad en el artículo 180 de la LGSS". Por el contrario, "en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos -que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos- unas consecuencias tan negativas como las que antes hemos referido". Por último, la sentencia del TSJ afirma que este criterio "admitirá excepciones" en caso de "desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria". También en este punto difiere el Supremo que rechaza esas referencias a lo "ocasional" o a lo "marginal" por considerarlo "un criterio que se antoja rígido y estricto". En realidad, el único criterio válido es el que aplica la sentencia de contraste, a saber, el de la compatibilidad con el adecuado cuidado del menor, compatibilidad que sí ha sido alegada y probada.

11ª) El despido de la persona trabajadora que está disfrutando de una excedencia o cuando la haya solicitado, es nulo, salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio de este derecho⁶⁰⁴.

12ª) No suponen un coste económico para las empresas. Durante la situación de excedencia cesa la obligación de cotizar y de pagar una remuneración a la persona excedente. Comunicada la solicitud de la excedencia, la empresa ha de comunicar a la Seguridad Social que la persona trabajadora ha pasado a la situación de excedente, y también comunicar la finalización de la excedencia, para que no exista la obligación de cotizar. El efecto pernicioso de tal situación sobre la carrera de seguro de la persona trabajadora excedente es paliado, (aunque solamente en parte en el caso de las excedencias por cuidado de otros familiares), por el art. 237.1 y 2 LGSS. No así, respecto de la prestación por desempleo, que no se considera tiempo cotizado.

13ª) La empresa puede sustituir mediante contratos de interinidad a las personas trabajadoras en excedencia para cuidado tanto de hijos e hijas como de otros familiares, estableciéndose bonificaciones a las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social⁶⁰⁵.

14ª) Se puede hacer uso de ambas excedencias de forma sucesiva, disfrutando primero la excedencia por cuidado de hijos o hijas (con un máximo de tres años) y después la excedencia por cuidado de familiares, derivada de las condiciones del menor, éste ostenta la condición de familiar de primer grado y concurren en él razones de edad que le incapacitan para valerse por sí mismo, no desempeñando actividad retribuida. Igualmente podría por otras condiciones tales como por enfermedad, accidente o discapacidad. En tal caso, nada impide a que se agoten los tres años de la excedencia por cuidado de hijos e hijas y se disfrute de una nueva excedencia de dos años por cuidado de familiares, derivadas ambas del mismo sujeto causante.

A pesar de la extensa protección que nuestra legislación da a las personas excedentes, esta medida de conciliación tiene lado negativo que se detalla a continuación:

⁶⁰⁴ Arts. 53.4 b y 55.5.b ET.

⁶⁰⁵ D.A. 21ª actual ET.

a) El disfrute de la excedencia por cuidado de hijos e hijas es principalmente femenino. Las estadísticas lo demuestran. El 95,94% de las personas usuarias de esta excedencia entre 1989 y 2005 fueron madres y sólo el 4,06% padres⁶⁰⁶. Asimismo, en los últimos diez años de los que se dispone información, (según los datos del Instituto de la Mujer), no ha variado la situación ya que las cifras están entre un 96% y un 94% de mujeres que se acogieron a una excedencia como se puede observar en la siguiente tabla.

Tabla núm. 9. La excedencia por cuidados de hijos e hijas desde 2005 y hasta 2014

AÑO	% MADRES	% PADRES
2005	96,67	3,33
2006	96,09	3,91
2007	95,75	4,25
2008	96,11	3,89
2009	95,90	4,10
2010	95,48	4,52
2011	95,52	4,48
2012	94,98	5,02
2013	94,50	5,50
2014	94,02	5,98

Fuente: Elaboración propia según datos del Instituto de la Mujer. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por cuidado de hijas/hijos. www.inmujer.gob.es. Consultado el día 19-11-2015.

Se advierte un aumento continuado en el disfrute masculino desde el año 2009, llegando a su mejor cifra en el año 2014, con un 5'98% de padres, aunque sigue siendo una cifra muy baja. En cuanto a su progresión esta también es muy reducida, desde 1989 y hasta 2014 (25 años), el aumento del disfrute paterno es de 1,92 puntos. Si contabilizamos la media de los últimos diez años, la excedencia por cuidado de hijos o hijas fue disfrutada por “el 4,5% de los padres frente al 95,50% de las madres”. Por tanto, se puede concluir que este permiso no ha evolucionado en el tiempo en cuanto a la implicación paterna y sigue siendo principalmente de disfrute materno.

⁶⁰⁶ ESCOBEDO, A. y NAVARRO, L.: *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*. Cit., pág. 37.

En cuanto a su disfrute según la Comunidad Autónoma en la que reside la madre, este se detalla en la siguiente tabla.

Tabla núm. 10. Porcentaje de madres que han disfrutado la excedencia por cuidado de hijos e hijas, según Comunidades Autónomas, desde el año 2012 y hasta 2014

CCAA	2012	2013	2014
Andalucía	95,21	94,09	93,69
Aragón	95,82	94,30	95,50
Asturias	91,50	91,47	92,26
Baleares	93,96	93,21	92,96
Canarias	85,86	87,82	87,38
Cantabria	94,47	95,56	93,94
Castilla-León	96,16	95,70	95,15
Castilla-La Mancha	96,98	94,92	94,35
C. Valenciana	95,78	96,01	95,74
Cataluña	96,22	95,42	94,71
Extremadura	94,10	93,82	91,13
Galicia	94,22	94,23	92,63
Madrid	93,63	93,07	91,97
Murcia	96,37	96,93	96,01
Navarra	95,55	95,46	94,91
La Rioja	94,28	96,30	96,39
País Vasco	96,23	94,59	95,34
Ceuta	100,00	66,67	75,00
Melilla	88,89	100,00	100,00

Fuente: Elaboración propia según datos del Instituto de la Mujer. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por cuidado de hijas/hijos según Comunidad Autónoma. www.inmujer.gob.es. Consultado el día 19-11-2015.

En cuanto a la excedencia por cuidado de hijos e hijas por Comunidades Autónomas, en los años 2014 y 2013 las mujeres melillenses se acogieron al 100% de las excedencias, sin embargo, en el año 2012, fueron un 88,89%. En sentido opuesto durante esos mismos años 2013 y 2014, Ceuta tuvo el porcentaje menor de disfrute femenino de todas las CCAA, un 66% y 75% respectivamente; sin embargo en 2012, fueron el 100% de las mujeres ceutís quienes se acogieron a una excedencia por cuidado de menores. Estos resultados tan dispares se deben al bajo número de excedencias que se producen en estas dos ciudades autónomas con respecto a la media nacional (en torno

a las 30.000), mientras que se disfrutaron en ambas ciudades autónomas 9 excedencias en 2012 y 6 en 2013, y en 2014, 8 en Ceuta y 12 en Melilla.

En segundo lugar, las CCAA con mayor número de excedencias disfrutadas por mujeres en estos tres años son Castilla La Mancha (96,98%) en 2012, la Región de Murcia (96,93%) en 2013 y La Rioja (96,39%) en 2014. Y en sentido contrario, están las Islas Canarias donde el porcentaje de disfrute materno es el segundo más bajo en los tres años (85,86%) en 2012, (87,82%) en 2013 y (87,38%) en 2014, parece que los padres canarios son los más comprometidos con la crianza.

En cuanto a la duración del disfrute de la excedencia por cuidado de hijos o hijas, aunque legalmente puede durar hasta tres años, en la práctica el 100% de las excedencias disfrutadas por mujeres de edades comprendidas entre los 16 y 24 años, han durado más de seis meses pero como máximo un año. Como dato significativo ningún padre en esta franja de edad (16-24 años) se ha acogido una excedencia de ningún tipo. En cuanto a los progenitores en edad más adulta (entre 25 y 44 años), las mayores diferencias se dan en cuanto a la duración de la excedencia, así el mayor porcentaje de padres son aquellos que han cogido una excedencia de menos de un mes (55,44% de los hombres); mientras que en el caso de las mujeres en esta franja de edad, el grupo más numeroso (32,59% de madres) han disfrutado de una excedencia por más de seis meses pero menos de un año. En cuanto a los progenitores más maduros estos aumentan la duración del tiempo de disfrute, así las madres (entre 45-64 años) han tomado una excedencia de más de seis meses pero menos de un año duplicando a los hombres, 25,34% mujeres frente a 12,45% de hombres. Los progenitores a partir de los 45 años hacen uso de excedencias por tiempo superior a un año, en un 48,42% las mujeres y un 35,53% los hombres⁶⁰⁷.

Se puede concluir que el uso de las excedencias es breve y muy inferior al tiempo legalmente ofrecido. Asimismo, el disfrute de la excedencia en todas las edades y franjas de duración es mayor entre las mujeres, con la única excepción de los padres

⁶⁰⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE). Módulo año 2010. Conciliación entre vida laboral y familiar. Tabla 1.19. Personas entre 16 y 64 y que han tomado excedencia a tiempo completo para cuidarlo, según el tiempo que duró este periodo. Clasificación por sexo y grupo de edad. www.ine.es. Consultado el día 19-11-2015.

entre 25 y 44 años donde un 55,58% disfrutaban una excedencia inferior a un mes frente al 5,70% de las madres.

b) El uso de las excedencias por cuidado de familiares también es femenino aunque en menor proporción.

Tabla núm. 11. Excedencia por cuidado de familiares

AÑO	% MADRES	% PADRES
2005	84,42	15,58
2006	84,89	15,11
2007	84,39	15,61
2008	84,46	15,54
2009	85,51	14,49
2010	84,89	15,11
2011	85,07	14,93
2012	85,67	14,33
2013	85,22	14,78
2014	84,67	15,33

Fuente: Elaboración propia según datos del Instituto de la Mujer. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por cuidado de familiares. www.inmujer.gob.es. Consultado el día 19-11-2015.

El perfil de uso de las excedencias por cuidado de familiares (puede incluir el cuidado de hijos e hijas mayores de 3 años) se muestra sensiblemente distinto si comparamos ambos tipos de excedencias, en este caso la media del uso masculino es del 15,08% y el uso femenino representa el 84,92% de media en los últimos diez años analizados. Parece que los padres se implican más en el cuidado de familiares en que el de criaturas de corta edad (menos de 3 años).

En cuanto al disfrute por Comunidades Autónomas, si tomamos como año de estudio el año 2014, el mayor número de mujeres que se han acogido a una excedencia por cuidado de familiares se dio en Asturias con un 92,22% y el menor en las islas con un 77,85% en Baleares y un 68,52% en Canarias, muy inferior a la media nacional (84,67%). Por tanto los padres insulares participan más en el cuidado de familiares, un 22,15% los baleares y un 31,48% los canarios⁶⁰⁸. Se repite el mismo parámetro que para

⁶⁰⁸ INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por cuidado de familiares según Comunidad Autónoma. www.inmujer.gob.es. Consultado el día 19-11-2015.

la excedencia por cuidado de personas menores de tres años donde los padres canarios superan en número al resto de comunidades autónomas (con la excepción de Ceuta).

c) La protección del empleo y la reincorporación laboral

Siendo el 100% de las excedencias en mujeres menores de 25 años, y en el 78,48% de las mujeres y el 91,84% de los hombres entre 25 y 44 años, de duración inferior al año⁶⁰⁹, podemos pensar que en la mayoría de estos casos el retorno se produce al mismo puesto de trabajo tal como contempla la ley.

Por tanto, como mecanismo de protección del empleo, se puede concluir que es una medida eficaz, pues del conjunto de excedencias por cuidado de hijos o hijas producidas hasta el año 2005, el 73,50% se había culminado con la reincorporación del usuario a la misma empresa, el 14,48% se hallaban en curso, el 11,45% había iniciado una relación laboral con una nueva empresa, y sólo en el 0,57% de los casos se observó que el período de excedencia se había agotado sobradamente sin reincorporación laboral. Es significativa la diferencia de comportamiento a este respecto por género, ya que las mujeres muestran una mayor tendencia a reincorporarse a su empresa anterior que los hombres. Por tanto, podemos pensar que los hombres o bien hallan más dificultades o bien el uso de la excedencia se relaciona en mayor medida con un proceso de cambio o reorientación de la carrera profesional. El hecho de que para este grupo de hombres que se reincorporan a una empresa distinta la duración de la excedencia sea inferior, hace pensar que pueda predominar la segunda explicación, aunque no excluya la primera⁶¹⁰.

No obstante, numerosos estudios e investigaciones demuestran que tras el disfrute de un permiso parental, se inicia una etapa de especial sensibilidad para las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, pues muchas veces, durante esta etapa, afloran sentimientos de tristeza y culpabilidad, así como de pérdida de confianza en las capacidades laborales. Como resultado de todo ello, surge la desprofesionalización y, en

⁶⁰⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE). Módulo año 2010. Conciliación entre vida laboral y familiar. Tabla 1.19. Personas entre 16 y 64 y que han tomado excedencia a tiempo completo para cuidarlo, según el tiempo que duró este periodo. Clasificación por sexo y grupo de edad. www.ine.es. Consultado el día 19-11-2015.

⁶¹⁰ ESCOBEDO, A. y NAVARRO, L.: *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*. Cit., pág. 40.

el peor de los casos, el abandono del mercado de trabajo⁶¹¹. Aunque las personas excedentes mayoritariamente vuelvan a su anterior empresa, el alejamiento durante un tiempo del puesto de trabajo y la desconexión total con la profesión provoca también “la descualificación” de la persona trabajadora (generalmente mujeres). Esto se podría evitar si recibieran durante la excedencia formación continua a la que tienen derecho o mantuvieran contacto con la empresa durante el permiso, aunque probablemente las personas en excedencia no harán ninguna de las dos cosas por estar inmersas en la crianza o en el cuidado de familiares.

d) No existe retribución.

Durante la excedencia la trabajadora o el trabajador dejan de prestar servicios por tanto no cobran retribución alguna por parte de la empresa, pero tampoco reciben ningún tipo de prestación por parte de la Seguridad Social. En el Ordenamiento jurídico español, la excedencia por razones familiares no lleva aparejada prestaciones de ningún tipo, como ocurre con el “congedoparentale italiano”, que da derecho a una prestación equivalente el 30% del salario, o como ocurre en el caso de Luxemburgo, en donde la ley fija determinadas cantidades en concepto de “indemnit  de cong  parental”⁶¹².

Hay quienes plantean que las excedencias sean remuneradas íntegramente por la Seguridad Social como CEIM (Confederación Empresarial de Madrid)⁶¹³, sin embargo, esta medida expulsaría a las madres trabajadoras del mercado de trabajo. Pues con toda probabilidad serían las mujeres las que se quedarían en casa ocupándose de la crianza y las labores domésticas ante el incentivo de una prestación económica, que además cuenta con la cotización efectiva durante los tres primeros años en caso de cuidado de personas menores y del primero en caso de cuidado de familiares. Esta “aparente

⁶¹¹ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*. AAVV. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo. Pág. 153.

⁶¹² ARASTEY SAHÚN, M.L.: “Excedencias por cuidados familiares: aspectos laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 4.

⁶¹³ CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO: “Que no hagan pasar por medidas de conciliación o de creación de empleo lo que son medidas de expuls n de las mujeres del mercado laboral”. 01-07-2015.

<http://www.ccoo.es/noticia:98752-->
[Que no hagan pasar por medidas de conciliacion o de creacion de empleo lo que son medidas de expulsion de las mujeres del mercado laboral](#). Consultado el día 14-04-2016.

Según este artículo “CEIM plantea más ayudas para las empresas que faciliten la conciliación y que las excedencias sean reembolsadas íntegramente por la Seguridad Social”.

medida de conciliación” supondría la vuelta al hogar de las mujeres y apartarlas del empleo. Estas prestaciones que inducen a las mujeres a retirarse del mercado de trabajo no son para las mujeres sino para la familia, a cambio de que las mujeres renuncien a tener vida profesional.

La consecuencia más directa de que esta medida no sea retribuida es que el ejercicio del derecho siga siendo minoritario entre los hombres. Asimismo, el hecho de que a pesar de la pérdida de ingresos salariales sean las mujeres quienes se decidan por su disfrute mantiene la tradicional distinción de poder adquisitivo e independencia social entre uno y otro género. Así durante el disfrute materno de la excedencia el hombre se convierte en el único sustentador de la economía familiar, pasando la mujer a ser dependiente económicamente de él. Además se reproducen los roles de género pues ella se ocupará de las tareas domésticas y los cuidados finalidad última de la excedencia.

Por otra parte, se pone de relieve que, pese a que las excedencias familiares en España tienen una duración considerable, al ser un permiso no remunerado, es una de las medidas de conciliación menos solicitadas, tanto por mujeres como por hombres. Para comprobar este dato se ha puesto en relación el número de procesos por maternidad gestionados por la Seguridad Social con el número de personas que han disfrutado de una excedencia. El resultado es que durante los años 2012, 2013 y 2014, han disfrutado de una excedencia en torno a un 10% de los progenitores. En cuanto al uso por género, lo hicieron el 9’43% de las madres frente a un 0’50% de los padres en 2012, un 9,18% de madres frente a un 0,53% de padres en 2013, y en 2014 sube ligeramente el número de personas beneficiarias de esta medida, siendo un 10,51% las mujeres frente al 0,67% de los hombres.

Esta tasa de uso tan baja de la excedencia, también puede tener su explicación, porque es poco atractiva para los progenitores, en especial para las mujeres que son quienes principalmente la usan, pues es una medida que las expulsa temporalmente del mercado de trabajo, con las consecuencias que supone no desempeñar un empleo remunerado tales como desprofesionalización, empobrecimiento, aislamiento social, y pérdida de autonomía personal.

2. El permiso o reducción de jornada por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses

Se trata de un derecho histórico cuyo antecedente lo encontramos en la Ley de 13 de marzo de 1900, reguladora del trabajo de mujeres y niños, que se ocupó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de la lactancia de las mujeres trabajadoras, fijando los ejes esenciales seguidos por las normativas posteriores. Así la Ley de 1900 en su artículo 9⁶¹⁴, recoge las medidas relacionadas con el puerperio y la lactancia estableciendo un permiso de una hora diaria para dar el pecho, que podía ser dividida en dos periodos de treinta minutos. El permiso por maternidad y por lactancia constituyeron una doble conquista laboral, con una diferencia económica sustancial que marcaba el límite entre las tres semanas de puerperio –descontables del cobro de jornales–, o la hora de lactancia que según fija claramente el artículo 9, no repercute en el jornal de la trabajadora aunque un buena parte cobraba a destajo⁶¹⁵.

Posteriormente, el artículo 9 es modificado por el Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, Reglamento para la aplicación de la Ley en su artículo 19⁶¹⁶, para añadir la posibilidad de dividir la hora de lactancia en cuatro periodos de quince minutos cada uno, quedando condicionado este fraccionamiento a que le pudieran traer al bebé lactante al lugar de trabajo. Así hacían en la manufactura del tabaco, donde las cigarrereras llevaban a sus hijas mayores a la fábrica para que les ayudasen a cuidar a los

⁶¹⁴ Art. 9 “Las mujeres que tengan hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las del trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos periodos de treinta minutos, aprovechables, uno en el trabajo de la mañana, y otro, en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieren escogido. No será de manera alguna descontable, para el efecto de cobro de jornales, la hora destinada a la lactancia”.

⁶¹⁵ ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”. *IUSLabor Área de Historia del Derecho y de las Instituciones*, núm. 2, 2006, Universidad Autónoma de Barcelona, pág. 2.

⁶¹⁶ Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, art. 19: “Al tenor de lo dispuesto en el art. 9º de la Ley, las obreras con hijos en el período de la lactancia tendrán una hora al día para dar el pecho a sus hijos. Dicha hora se dividirá en dos períodos de treinta minutos, utilizables uno por la mañana y otro por la tarde. No obstante, si la madre lo prefiere, y siempre que al niño se lo lleven al taller o establecimiento donde aquélla presta sus servicios, podrá dividir la hora en cuatro períodos de a quince minutos, utilizables dos por la mañana y dos por la tarde. El tiempo destinado a la lactancia, siempre que no exceda de una hora diaria, no será descontable para los efectos de cobro de jornales. La madre, sin embargo, sometiéndose al descuento correspondiente, podrá dedicar a la lactancia de su hijos más tiempo de una hora diaria”.

niños y niñas de pecho y en otras empresas donde existían habitáculos adecuados para las obreras lactantes⁶¹⁷.

Por otra parte, el Reglamento ofrece a la madre la posibilidad de ampliar el tiempo de lactancia, pero descontándolo de su salario, ya que una hora diaria no parece tiempo suficiente para la lactancia natural, y mucho menos si se reparte en periodos de quince minutos.

Treinta años más tarde con la creación del Seguro obligatorio de Maternidad, regulado por el Real decreto de 29 de enero de 1930, se crea un subsidio para la trabajadora inscrita en este seguro a percibir “*cuando lacte a su hijo*”⁶¹⁸. También contemplaba otros beneficios a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo o hija⁶¹⁹.

Posteriormente, la lactancia materna se vuelve a regular en 1944 con la aprobación de la Ley del Contrato de Trabajo, que regula el permiso de lactancia en su artículo 168⁶²⁰, que

⁶¹⁷ En este sentido, ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”. Cit., pág. 2-3. En la manufactura del tabaco, donde las cigarreras llevaban a sus hijas mayores a la fábrica para que les ayudasen a cuidar a los niños y niñas de pecho y aprendiesen el oficio (L. Gálvez, 2000). Y en la empresa Perfumería Gal existían habitáculos adecuados para las obreras lactantes. También entre las instalaciones y servicios ofrecidos por la Compañía General Española de Electricidad a sus trabajadoras se menciona una sala de lactancia para que las operarias que tuviesen hijos o hijas de pecho pudiesen amamantarles sin salir de la fábrica: esta empresa empleaba en 1916 a 550 mujeres y 50 hombres. Pero muchas veces el hecho de tener al bebé lactante en el lugar de trabajo provocaba a los/as pequeños/as tuberculosis y otras infecciones pulmonares como es el caso de las picadoras de esparto de Villarejo de Salvanes que dejaban a sus criaturas pequeñas en el suelo mientras ellas realizaban su dura tarea: metían las gavillas de esparto debajo de unos pesados y rudimentarios mazos de madera reforzados en hierro que iban golpeando de forma intermitente (desde una altura de 40 cm.) hasta ablandar y desfibrar la planta (P. Candela, 2003).

⁶¹⁸ Art. 6.4, Real decreto de 29 de enero de 1930 aprobando el Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad. Real Decreto núm. 300. (Gazeta de 1º de febrero).

⁶¹⁹ En este sentido, ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”, Cit., pág. 3. Además del subsidio por maternidad, el Real decreto también contemplaba que la beneficiaria tendría derecho a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, (artículos 32 a 37) a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo o hija estableciendo comedores de madres lactantes junto con asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas (artículo 32, 2º b). La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tenía derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo o hija que amamantara. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad. El máximo de tiempo de percepción del subsidio de lactancia era de diez semanas. Una visitadora controlaría el cumplimiento de lo prescrito: a) vigilando la calidad de los alimentos que se suministraban a la madre lactante, b) instruyendo a la madre de los plazos y los procedimientos eficaces de la lactancia c) certificando que la beneficiaria lactó a su hijo o hija y el tiempo que lo hizo.

⁶²⁰ Decreto de 31 de marzo de 1944 por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo mujeres y niños y trabajo a domicilio. (BOE, núm. 102, de 11 de abril

elimina la obligatoriedad de usar los periodos de 30 minutos, uno por la mañana y otro por la tarde, sino cuando ellas lo juzguen conveniente; también se elimina la posibilidad de disfrutar el permiso en periodos de 15 minutos a condición de que lleven el bebé lactante a la empresa, quedando el permiso de lactancia prácticamente igual que en su primera redacción de la Ley de 13 de marzo de 1900.

No es hasta que se acerca la democracia que se introduce una modificación significativa en este permiso mediante la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que en su artículo 25.5 establece la posibilidad de cambiar el permiso retribuido de lactancia por una reducción de la jornada laboral de media hora y se concreta su disfrute hasta que el menor tenga nueve meses⁶²¹.

Ya con el ET 1980, se establece la versión original del artículo 37.4 que regula el permiso de lactancia, que disponía que *“Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”*⁶²². En esta norma al igual que las anteriores, la titularidad del derecho era de la mujer, aunque al no hablar de amamantamiento, sino de lactancia de un hijo o hija menor de 9 meses, hizo posible la inclusión de la lactancia artificial, y que se empezará a plantear la posibilidad de que el padre disfrute de este derecho, al colisionar su no disfrute con la prohibición expresa de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE. La regulación del art. 37.4 no podía dejar indiferentes a los juristas que rechazaron la discriminación contenida en él. El resultado del problema pasó por plantear un recurso de inconstitucionalidad, al no poder llegar a entender cómo era negado el permiso al padre cuando ya los Tribunales había permitido su disfrute a las madres que proporcionaban una lactancia artificial y no amamantaban a sus hijos o hijas; tarea

de 1944). Art. 168: *“Aun cuando no conste en el contrato, las mujeres, mientras tengan hijos en período de lactancia, tendrán derecho, siempre dentro de la jornada de trabajo, a una hora de descanso al día, divisible en dos períodos de media hora cada uno. Estos descansos serán utilizados por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más que comunicar al director o representante de la empresa, al entrar al trabajo, la hora que hubieren escogido. No será en manera alguna descontable de los jornales el tiempo destinado a la lactancia”*

⁶²¹ Art. 25.5. Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales. *“Las trabajadoras tendrán derecho a una pausa de una hora en su trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, cuando la destinen a la lactancia de su hijo menor de nueve meses. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”*.

⁶²² Art. 37.4 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

aquella que, como es obvio, podría ser realizada perfectamente por el padre. Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional declaró ajustado tal precepto a la Norma fundamental y no discriminatorio⁶²³. Así la redacción del art. 37.4 del ET 1980, contribuyo a perpetuar la división sexual en la crianza al asignar en exclusiva a la mujer la tarea de la lactancia aun cuando esta era artificial.

En el año 1989 quienes legislaban conscientes de los cambios en nuestra sociedad, dejan de proteger exclusivamente a la mujer al entender que la lactancia es una función que pueden realizar tanto el padre como la madre, y elaboran la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Una norma más coherente, que modifica el art. 37.4 del ET 1980, para añadir que “*este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen*”⁶²⁴. Aunque este cambio supuso un gran avance en la igualdad de género, se sigue atribuyendo la titularidad del derecho a la madre (la norma dice expresamente, las trabajadoras tendrán derecho... y que la mujer, podrá...) ⁶²⁵, lo que implica que para el hombre es un derecho cedido. Por otra parte, se condiciona su disfrute a que ambos progenitores trabajen, lo que deja al margen a ciertos colectivos de padres, como los viudos o los solteros, y en el caso de los hombres casados si la madre no trabaja, el padre queda excluido de la lactancia. Asimismo, deja sin protección al padre cuando la madre es trabajadora por cuenta propia, ya que esta no genera este derecho, y por tanto no puede cederlo. Por tanto, si trabaja la madre, ella será la beneficiaria del derecho, y si trabajan los dos progenitores, el derecho es de la madre pero podrá disfrutarlo el padre si trabaja.

La siguiente variación en el permiso de lactancia se produce con la LOI, que instaure que “*la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple*”⁶²⁶, no así en el caso de adopción múltiple. Esto significa que por

⁶²³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, cit., págs. 20-21.

⁶²⁴ Artículo primero 5. Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

⁶²⁵ Art. 37. 4 ET 1980. “*Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad*”.

⁶²⁶ Art. Disposición adicional décimo primera. Cinco. LOI.

cada hijo o hija nacida la madre tendrá derecho a una hora de ausencia en el trabajo. Otro cambio sustancial que añade la LOI es que *“la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla”*⁶²⁷. Se amplían las opciones de este permiso al contemplar la posibilidad de poder acumularlo en jornadas completas siempre respetando lo establecido en el Convenio Colectivo correspondiente o mediante un acuerdo con la empresa. Con esta medida que suele tener una duración aproximada de quince días, lo que se consigue es una prolongación del permiso por maternidad, eso sí, pagada por la empresa.

Nuestra legislación seguía otorgando a la madre la tarea de la lactancia, aunque esta fuera artificial, y haciendo inviable la corresponsabilidad entre los progenitores, como consecuencia, el Tribunal de la Unión Europea incorporó la perspectiva de la corresponsabilidad en la sentencia dictada en el asunto Roca Álvarez (STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09)⁶²⁸, en la que consideró discriminatoria contra el colectivo de mujeres una norma estatal (el permiso de lactancia español) pues se configuraba con titularidad prioritariamente femenina, lo que causaba el efecto de perpetuar roles femeninos de cuidado. “La sentencia es importante porque aplica la normativa antidiscriminatoria no para declarar existente una discriminación contra el varón por tener más dificultades para el acceso a los beneficios establecidos para el cuidado de los hijos o hijas. Al contrario, aplicando una perspectiva totalmente novedosa, derivada directamente del concepto de corresponsabilidad, el TJUE considera

⁶²⁷ Art. Disposición adicional décimo primera. Cinco. LOI.

⁶²⁸ Véase Sentencia 2010/280 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 30 septiembre 2010, asunto C-104/09, que resolvió que el padre trabajador por cuenta ajena tiene derecho al permiso de lactancia cuando la madre es trabajadora por cuenta propia. La controversia se había originado por la negativa sufrida por un trabajador a la solicitud por su parte de disfrute del permiso de lactancia por el nacimiento de su hijo, denegación que la empresa amparaba en el hecho de que su mujer no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia. La sentencia dispone que *“el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que sólo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. El hecho de denegar el disfrute del permiso controvertido en el litigio principal a los padres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, por el único motivo de que la madre del niño no tenga esa condición, podría dar lugar a que una mujer, que es trabajadora por cuenta propia, se viera obligada a limitar su actividad profesional, y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño”*.

que una atribución exclusiva o preferentemente femenina de los beneficios vinculados al cuidado de los descendientes provoca el efecto de perpetuar roles de cuidado en el colectivo de mujeres y, en consecuencia, resulta discriminatorio contra el colectivo de mujeres”⁶²⁹. La consecuencia de esta sentencia es que condena a España a legislar un permiso de lactancia individual, para hombres y mujeres, que se lleva a cabo mediante, el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, tramitado como Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modifica el artículo 37.4 ET, y establece que *“Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”*⁶³⁰.

Esta última modificación del permiso de lactancia plantea algunas cuestiones a tener en cuenta:

1ª) Hasta la ley 3/2012, la titularidad del derecho seguía siendo de la madre trabajadora, quien podía ceder su disfrute al padre, siempre y cuando que este también trabajara, esta regulación otorgaba el rol del cuidado a la mujer y consideraba al hombre como un mero colaborador voluntario en esta tarea.

2º) Se sustituye el término “trabajadoras” por “trabajadores, hombres o mujeres”.

3º) Se amplía este derecho en caso de adopción o acogimiento.

4ª) Este derecho es solo para uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen, dejando claro que se trata de un único permiso.

5ª) No contempla otros supuestos, como que sea otra persona de la unidad familiar distinta de los progenitores la encargada de la lactancia, como podría ser cualquier pariente en caso de orfandad total de la persona menor de nueve meses, pudiendo haberse reconocido este derecho a quien tenga la tutela de la persona menor.

El artículo 37.4 del ET actualmente queda redactado en los siguientes términos: *“En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará*

⁶²⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. Cit., pág. 63.

⁶³⁰ Disposición final primera. 1. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”.

Esta medida de conciliación da tres opciones a los progenitores que podrán usar como mejor se ajuste a sus necesidades, pero con ciertos inconvenientes:

Opción primera: “Un permiso de una hora de ausencia diaria que podrán dividir en dos fracciones de media hora”. La duración del permiso no ha variado desde su creación en el año 1900, la única variación que ha sufrido es su aumento en caso de parte múltiple. Esto ocasiona que este permiso sea insuficiente en la práctica, pues resulta casi imposible que la madre pueda desplazarse desde su centro de trabajo hasta su domicilio (por muy cercanos que estén) y amamantar al bebé. Como solución a esta cuestión se podrían habilitar salas de lactancia natural en las empresas, aunque esta medida es algo limitada, ya que solo podrían aplicarla las grandes empresas que tendrán instalaciones adecuadas para ello. Con el problema añadido de quién lleva al bebé lactante a la empresa para que la madre lo amamante, por lo que esta solución solo sería posible si estas empresas también disponen de servicio de guardería. La otra opción, aunque no sería muy acertada, es aumentar su duración, lo que sería gravoso para las empresas que son quienes asumen la retribución de este permiso y tendría un efecto pernicioso en la contratación de mujeres en edad fértil.

Opción segunda: “Una reducción de su jornada en media hora”. Este es el único supuesto en nuestra legislación donde la reducción de jornada es retribuida por la empresa, y se cotiza durante la misma. Teniendo en cuenta que mientras existan los roles de género este derecho va a seguir siendo ejercido mayoritariamente por las mujeres, sería recomendable establecer medidas de acción positiva como la exoneración empresarial de la retribución y de la cotización de este permiso para evitar el efecto

negativo del mismo en la contratación de mujeres. Además, si la madre opta por reducir su jornada en media hora, lo que consigue con esta opción es acortar su jornada laboral, con los consiguientes conflictos que esto le puede generar con la empresa y con el resto de la plantilla a quienes les puede parecer injusto que por el hecho de ser madre una compañera trabaje media hora menos al día. Por otra parte, reducir la jornada en media hora tampoco es una medida muy efectiva para realizar la lactancia natural materna.

Opción tercera: “Acumular la hora de permiso diaria en jornadas completas”. Se podrá realizar previo acuerdo con la empresa, o según lo establecido en la negociación colectiva. La mayoría de convenios ya recogen la posibilidad de acumular el permiso de lactancia en jornadas completas, de donde resultan por norma general dos semanas de permiso. Hay que añadir que aquí juega un papel muy importante los planes de igualdad de las empresas que empiezan a regular este permiso. Esta acumulación en la práctica se convierte en una ampliación del permiso por maternidad en dos semanas pagadas por la empresa. De esta manera, la madre tendrá una licencia maternal de 18 semanas aproximadamente (16 pagadas por la Seguridad Social y 2 pagadas por la empresa).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el permiso de lactancia tiene que destinarse al fin para el que se ha concedido. La STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2000, recurso 3495/2000, declaró procedente el despido de una trabajadora que disfrutaba de un permiso para lactancia de un hijo de 5 meses, permaneciendo en las dependencias de la empresa sin cumplir el cometido para el que lo había solicitado y para el que le había sido concedido. El citado tribunal consideró constitutiva de transgresión de la buena fe contractual la utilización del permiso de lactancia para una finalidad distinta. Y la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Málaga de 30 de noviembre de 2004, declaró procedente el despido de una trabajadora que utilizaba el permiso para lactancia para ir de compras o tomarse un aperitivo⁶³¹.

Se puede concluir que este permiso ha variado muy poco en lo referente a la duración del tiempo de disfrute (1 hora diaria) desde su creación en 1900, las únicas modificaciones que ha sufrido son la flexibilización de su disfrute, la introducción de la posibilidad de su acumulación y el aumento en caso de parto múltiple. El avance más

⁶³¹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares", cit., pág. 20.

significativo de este permiso es que se ha liberado de su concepción histórica, dejando de ser una protección de la maternidad, debido en parte, a que ha perdido el sentido por el que fue creado que era la alimentación de los hijos o hijas mediante la lactancia natural en exclusiva. En la actualidad, el término “lactancia” no se refiere a la nutrición ya sea natural o artificial, sino que ahora, la finalidad de este permiso es la atención especial que requiere la criatura recién nacida en sus primeros días de vida, por ello se da la paradoja de que el permiso de lactancia (originalmente concebido para la lactancia materna) puede ser disfrutado por el padre. Este extremo, junto con su generalización y posibilidad de acumulación en jornadas completas, hace que el permiso de lactancia no tenga ya más relación con su finalidad original que la denominación⁶³².

No obstante, no se puede olvidar el derecho de las mujeres a la lactancia natural, más atendiendo a los beneficios de esta. La Organización Mundial de la Salud (OMS), recomienda la lactancia materna exclusiva durante los primeros seis meses de vida. A los seis meses, los alimentos sólidos, deberían introducirse para complementar la lactancia materna hasta los dos años o más. Además, la lactancia materna debe comenzar dentro de la primera hora de nacimiento y debe ser "a la carta", con la frecuencia que el niño o la niña quieran de día y de noche. Igualmente, es beneficioso para la salud de las madres⁶³³.

A pesar de los múltiples beneficios de la lactancia natural, muchas madres al regresar al trabajo tras el permiso maternal, la abandonan de forma parcial o total, ya que no tienen tiempo suficiente, o un lugar adecuado para amamantar, extraer y almacenar su leche. Según la OMS las madres necesitan un lugar seguro, limpio y

⁶³² PPIINA (PLATAFORMA POR PERMISOS PARENTALES IGUALES E INTRANSFERIBLES DE NACIMIENTO Y ADOPCIÓN), Proposición de Ley de 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 o acogida, pág. 3. www.igualeseintransferibles.org (consultada el día 13-02-2013).

⁶³³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, programas, 10 Datos sobre la lactancia materna, febrero de 2014. http://www.who.int/maternal_child_adolescent/en/ (consultado el día 18-04-2015). Según la OMS, la leche materna da a los bebés todos los nutrientes que necesitan para un desarrollo saludable, es segura y contiene anticuerpos que ayudan a protegerlos de las enfermedades comunes de la infancia, asimismo es fácilmente disponible y asequible, lo que ayuda a asegurar que reciben nutrición adecuada. Más allá de los beneficios inmediatos para los niños y niñas, la lactancia materna contribuye a una vida de buena salud. Las personas que fueron amamantadas cuando eran bebés son menos propensas a tener sobrepeso u obesidad, y diabetes tipo 2 y un mejor desempeño en las pruebas de inteligencia. La lactancia materna exclusiva, también beneficia a las madres, se asocia con un natural (aunque no a prueba de fallos) método de control de la natalidad (98% de protección en los primeros seis meses después del nacimiento). Reduce el riesgo de cáncer de mama y de ovarios, ayuda a las mujeres a que vuelvan a su peso anterior al embarazo más rápidamente y reduce las tasas de obesidad.

privado en o cerca de su lugar de trabajo para continuar con la lactancia. En este sentido, las madres trabajadoras españolas lo tienen complicado para hacer uso de esta recomendación de la OMS. En principio podrán amamantar a su bebé durante los 4 primeros meses de vida, que la madre estará de licencia maternal y podrá suministrar la lactancia materna sin ninguna dificultad; tras este permiso la madre se incorporará al trabajo, y dispone para este fin de un permiso que no facilita la lactancia materna a demanda. Por ello una de las opciones usada por las trabajadoras españolas es la de disfrutar de las vacaciones (30 días), tras el fin del permiso por maternidad. Con esto consigue llegar unos 5,5 meses de lactancia materna, 112 días (licencia maternidad), más 15 días (tiempo aproximado de acumulación de jornadas por lactancia) y 30 días (vacaciones).

En cuanto a los ideales de los progenitores acerca de la duración de la lactancia materna, estos coinciden en gran medida con la disponibilidad de tiempo de las madres, según un informe de la UNED “Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España”. Las parejas entrevistadas en este estudio se planean la lactancia materna si es posible, por lo menos, durante 4 meses, (aunque la duración ideal sea considerada de seis meses), coincidiendo con el tiempo que habitualmente disponen las mujeres antes de regresar a su puesto de trabajo⁶³⁴.

⁶³⁴ JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*. Cit., pág. 42. En lo referente a la lactancia materna, todas las parejas de la muestra del estudio (a excepción de una en la que ella tiene alguna dificultad médica) planean la lactancia materna si es posible, por lo menos, durante 4 meses, (aunque la duración ideal sea considerada de seis meses), coincidiendo con el tiempo que habitualmente disponen las mujeres antes de regresar a su puesto de trabajo. Por lo tanto, los ideales acerca de la duración de la lactancia materna coinciden en gran medida con la disponibilidad de tiempo de las madres. Esto es un ejemplo de "preferencia adaptativa" mediante la cual las mujeres adaptan sus ideales en función de su realidad. Esto puede ilustrar también el fuerte conflicto que las madres pueden experimentar entre sus prácticas –limitadas por los parámetros institucionales– y las normas sobre "la buena maternidad". En algunos casos, incluso si la mujer tiene la expectativa de articular un periodo más largo de dedicación al bebé, (se prevén unos seis meses de lactancia materna, lo que significa que el ideal de seis meses de lactancia está bien establecido hoy en día), algunas mujeres lo consideran como un pequeño sacrificio que hacen por su hijo o hija, y expresan su intención de intentarlo, aunque también la posibilidad de renunciar si se vuelve difícil o doloroso; otras mujeres tienen una visión más idealizada de la lactancia, como un momento de intimidad compartida por la madre y el bebé. De manera general, la lactancia materna es considerada lo mejor para el bebé y es recomendada por el sistema sanitario español. Hay un amplio consenso en percibirla como la opción más saludable para el niño o la niña. Los padres y las madres suelen mencionar las virtudes de la lactancia materna que han aprendido en los centros de salud, en los cursos de preparación al parto y mediante diversas lecturas. Un argumento reiterado es que la lactancia materna es la mejor manera de que el bebé sea criado de manera saludable y protegido contra las infecciones. Esta es una de las ideas firmemente arraigadas sobre qué es lo más adecuado para el bebé, junto con la que considera que no debería acudir a la guardería durante el primer año de vida.

3. El permiso o la reducción de jornada por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que necesitan hospitalización a continuación del parto

Los progenitores que a consecuencia del nacimiento prematuro de un hijo o una hija, o cuando el neonato precise hospitalización tras el parto, pueden optar por disfrutar: Un permiso retribuido por la empresa de una hora diaria o una reducción de jornada de hasta dos horas con la correspondiente reducción salarial.

Ambas opciones fueron introducidas en nuestra legislación por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad⁶³⁵, que introdujo el apartado cuatro bis en el art. 37 del anterior ET, estableciendo un permiso para *“los casos de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier circunstancia deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”*. Este permiso actualmente viene regulado por el artículo 37.5 del nuevo ET, aunque sin modificar el contenido del anterior art. 37.4 bis.

Este permiso constituye una protección muy loable para estos casos. Protección que viene a cubrir la necesidad de los progenitores de estar y atender a los neonatos en su estancia hospitalaria, sin embargo hay que hacer tres precisiones al respecto:

Primera: El permiso o reducción de jornada será disfrutado casi en exclusividad por el padre, ya que la madre al ser un nacimiento biológico estará de permiso por maternidad, al menos en las seis primeras semanas, por tanto durante este tiempo únicamente podrá ejercer el derecho el padre.

Segunda: El permiso retribuido de ausencia del trabajo de una hora diaria, no es tiempo suficiente para procurar cuidados al neonato, aun cuando la distancia entre el hospital y el centro de trabajo del padre no sea mucha. Solamente será útil este permiso en función del horario de trabajo del padre, así si trabaja en horario continuo, por la

⁶³⁵ Disposición adicional octava. Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

mañana o por la tarde, podría salir una hora antes o entrar una hora después, lo que podría compaginar con el horario de visitas del hospital.

Tercera: Como es insuficiente el tiempo retribuido de ausencia (1 hora), resulta obvio que el padre (ya que la madre estará de permiso maternal al menos durante las seis primeras semanas), tendrá que acudir normalmente a la reducción de jornada (hasta un máximo de dos horas). Razón por la cual se valora de forma positiva la novedad introducida por la LOI que permite ampliar hasta trece semanas la duración del permiso por maternidad para estos casos, de modo que, el tiempo que dure la estancia en el hospital del neonato (siempre que sea superior a siete días) se podrá sumar al período de suspensión contractual por parto (art. 48.4 ET)⁶³⁶ que tras las seis primeras semanas podrán disfrutar ambos progenitores.

Por otra parte, las discrepancias surgidas entre empresa y los progenitores trabajadores sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social⁶³⁷.

4. La reducción de jornada por razones de guarda legal

La reducción de jornada por guarda legal fue introducida por primera vez en nuestra legislación laboral a través de la Ley 16/1979, de 8 de abril, de relaciones laborales, que implantó la reducción de jornada para quien tuviera “*a su cuidado directo algún menor de seis años o a un minusválido físico o psíquico, y siempre que no desempeñara actividad retribuida*”. La reducción tenía que ser de al menos un tercio de la duración de la jornada con la disminución proporcional del salario correspondiente. Y establecía expresamente que “*este derecho solo podía ser ejercitado por uno de los cónyuges*”⁶³⁸, lo que provocaba que fuera casi siempre la madre.

⁶³⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Cit., págs. 19-20.

⁶³⁷ Art. 37.7 ET.

⁶³⁸ Art. 25.6 Ley 16/1976, de 8 de abril, de relaciones laborales.

Con el ET 1980 se modifica el tiempo de reducción de jornada pasando a ser entre “*al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla*”⁶³⁹, con reducción proporcional del salario. Es decir, como mínimo un tercio y como máximo el 50% de su jornada habitual. En 1989 se extiende este derecho a los supuestos de maternidad por adopción y acogimiento con la Ley 3/1989, de 3 de marzo⁶⁴⁰.

Diez años más tarde con la Ley de conciliación se añade un nuevo supuesto al art. 37.5 del anterior ET, para establecer que “*tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida*”⁶⁴¹. Asimismo la Ley de Conciliación introduce otro cambio muy significativo al establecer que “*La reducción de jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres*”⁶⁴². La norma hace esta distinción para evitar que esta medida sea utilizada únicamente por las mujeres. La reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas puede solicitarla cualquiera de los progenitores independientemente de la situación laboral del otro, incluso ambos al mismo tiempo, con la única excepción, en el caso de que ambos trabajen en la misma empresa, que la ley establece que si dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento.

Asimismo, la Ley de Conciliación añade un nuevo apartado al artículo 37 del ET, para establecer que la concreción horaria de la reducción de jornada, corresponderá al trabajador o trabajadora, dentro de su jornada ordinaria, quien deberá preavisar a la empresa, con quince días de antelación, la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria. Las discrepancias surgidas por este motivo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁶³⁹ Art. 37.5 ET 1980.

⁶⁴⁰ Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

⁶⁴¹ Artículo segundo Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁶⁴² Artículo segundo Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

A partir de 2007 con la LOI se flexibiliza y amplía el período de disfrute de la reducción de jornada, introduciendo el derecho a reducir la jornada entre un octavo y la mitad de la duración de la jornada, tanto por cuidado de menores como por familiares dependientes⁶⁴³. Por otra parte la LOI introduce algunas mejoras:

- a) Eleva la edad del menor de 6 a ocho años.
- b) Sustituye la expresión “minusválido” por la de “persona con discapacidad”.
- c) Minora la reducción pasando de un tercio a un octavo.

d) Establece el cómputo de las cotizaciones realizadas los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de hijo o hija, y el primer año en el resto de supuestos incrementados hasta el 100%⁶⁴⁴.

f) A efectos del cálculo de la indemnización por despido, se toma en cuenta el salario que hubiera correspondido antes de la reducción⁶⁴⁵.

Posteriormente, con la reforma laboral de 2012, se vuelve a modificar el art. 37.5 del anterior ET, para dar prioridad a las necesidades de organización de las empresas al establecer como jornada de referencia para la reducción “la jornada de trabajo diaria”⁶⁴⁶. Con esta reforma deja de computarse la reducción semanal o mensualmente, la reducción es diaria. La precisión de jornada diaria pone fin a no pocos interrogantes que se planteaban doctrinal y jurisprudencialmente, pues, hasta esta reforma se habían venido realizando diferentes interpretaciones del término jornada y de la concreción horaria según fueran los intereses en juego en cada caso. A ello contribuía que el precepto legal no contenía precisión alguna sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada. Por tanto, se dejaba en manos de los Tribunales la ponderación de intereses, de manera que conforme al supuesto planteado, debían considerar si prevalecían las necesidades de la persona trabajadora o las exigencias organizativas empresariales⁶⁴⁷.

Aunque la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada, corresponderán al trabajador o trabajadora, dentro de su jornada

⁶⁴³ Disposición adicional décimo primera. Cinco. LOI.

⁶⁴⁴ Art. 180.3 anterior LGSS.

⁶⁴⁵ Disposición adicional decimoctava. LOI.

⁶⁴⁶ Disposición final primera. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶⁴⁷ HERRÁIZ MARTÍN, M.S.: “El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, *Reforma laboral 2012*. VV.AA (Directores) Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Rafael Mercader Uguina (2012), Valladolid, Lex Nova, pág. 278.

ordinaria. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral incluye dos modificaciones: una respecto al período de preaviso y otra la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan los criterios para la concreción horaria en atención a las necesidades productivas y organizativas de la empresa⁶⁴⁸. En lo referente al preaviso, en la regulación anterior se establecía la obligación de comunicar con quince días de antelación la fecha de reincorporación tras la reducción de jornada. Con la reforma de 2012, se establece dos: una al inicio y otra al regreso. En cuanto a los criterios de la concreción horaria establecidos por la negociación colectiva, hay que “apuntar que a efectos de las incógnitas sin resolver en materia de conciliación de la vida familiar y laboral raramente son resueltas a través de esta porque los convenios obvian con carácter general cualquier mención a este supuesto, y los que aluden el tema lo hacen, salvo contadas excepciones, limitándose a transcribir la literalidad del precepto correspondiente al ET”⁶⁴⁹.

Por otra parte, con esta reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012 se impide la flexibilidad al imponerse una reducción de jornada de debe concretarse de forma diaria, lo que la convierte en una medida rígida que atiende más a los intereses empresariales que a los de las personas trabajadoras que necesitan conciliar. Por ello en caso de discrepancias surgidas entre empresa y la persona trabajadora sobre la concreción horaria serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Como muestra del conflicto entre empresa y personas trabajadoras y haciendo referencia a la modificación de la reforma laboral en cuanto a la reducción sobre la jornada diaria, tenemos la Sentencia 49-15 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, en Madrid a 23 de marzo de 2015⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Art. 37.6 ET. “*No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará la reducción de jornada*”.

⁶⁴⁹ HERRAIZ MARTÍN, M.S.: “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”. *Relaciones Laborales*, núm. 12, Sección Doctrina, Diciembre 2014, año 30, págs. 58-59, tomo 1.

⁶⁵⁰ Véase Sentencia 49-15 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, en Madrid a 23 de marzo de 2015. Ante las demandas formuladas por varios sindicatos contra una empresa, por la solicitud de una trabajadora de concreción horaria por cuidado de hijos dentro de la jornada ordinaria semanal, respondiendo la empresa que tras la reforma laboral de 12 de febrero de 2012, en aplicación del art 37.5 del ET, la trabajadora tendrá derecho a una reducción de la jornada “diaria”. Teniendo en cuenta que en su contrato de trabajo establece que la distribución de su jornada laboral es de lunes a domingo, por tanto

En 2013 se produce la última modificación de esta medida de conciliación mediante el Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de Medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores⁶⁵¹, que amplía desde los ocho hasta los doce años la edad de la persona menor cuya guarda legal puede justificar una reducción de la jornada del trabajo diario.

En la actualidad la reducción de jornada viene regulada por el art. 37.6 ET (2015), y queda establecida en los siguientes términos:

“Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo:

- a) *Algún menor de doce años*
- b) *Una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida*
- c) *Un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.*

Tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”.

La parte positiva de esta medida de conciliación es que viene a cubrir una necesidad de disponibilidad horaria de las persona trabajadoras para afrontar el cuidado de menores y de familiares. Este auxilio legal, da un alto grado de protección al empleo femenino (ya que son las mujeres las que principalmente se reducen la jornada por estas causas). Gracias a esta medida han podido asegurar su puesto de trabajo y no se han visto obligadas a abandonarlo, para hacer frente a las necesidades familiares ante la falta de corresponsabilidad de sus parejas y de servicios públicos de atención para estos cometidos.

su reducción de jornada debe incluir los fines de semana que por convenio le corresponda trabajar. Por ello, en las demandas los sindicatos solicitan derecho de las personas trabajadoras de esta empresa a que la reducción horaria sea respecto de su “jornada ordinaria” según el Convenio Colectivo de referencia, que establece que la concreción horaria de la reducción corresponderá dentro de la jornada ordinaria. Y ya que el Convenio fue suscrito con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012, es aplicable la regulación del convenio frente a la del ET por ser más favorable debiendo tener una aplicación preferente.

⁶⁵¹ Art. 1.4. Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de Medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. (BOE, núm. 305, de 21 de diciembre de 2013).

No obstante, la reducción de jornada tiene también su parte negativa:

1) Tiene un “efecto perjudicial sobre las pensiones/prestaciones”. Tras los dos primeros años (en caso de cuidado de hijos o hijas) y el primer año (en caso de cuidado de personas con discapacidad o familiares) la base de cotización de la persona trabajadora se equipara a la cotización que le correspondería por jornada completa; sin embargo, los años restantes pasan a cotizar a tiempo parcial.

2) Tiene un “efecto negativo para las empresas”. Al tener que cubrir la jornada reducida de la persona que opta por esta medida de conciliación, genera unos costes empresariales: de búsqueda de candidaturas adecuadas al puesto y horario que queda vacante, de formación de la persona que cubre el puesto, de organización del trabajo. Además hay que añadir la dificultad de encontrar personal con un perfil profesional muy especializado o de plena confianza para desempeñar un puesto de responsabilidad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la contratación de la persona sustituta es a tiempo parcial y con una jornada máxima de 20 horas semanales (50% jornada) y mínima de 5 horas (1/8 jornada), lo que complica encontrar una persona sustituta para trabajar tan pocas horas. En las pymes y en las microempresas, probablemente no se cubrirá con otra persona esta reducción de jornada, siendo asumido el trabajo por el resto de la plantilla, lo que hace que esta se sobrecargue y vea con recelo a quienes acceden a esta medida de conciliación, que normalmente suelen ser las mujeres.

3) “Impide una futura promoción profesional”. Afecta sobre todo a las mujeres directivas y profesionales que desempeñan puestos de responsabilidad, por ello son pocas las que se acogen a esta medida y las que lo hacen salen perjudicadas. En general, que las mujeres utilicen esta medida genera una sensación de falta de compromiso con la empresa, lo que limita sus oportunidades de progreso.

4) “Peligra su permanencia en la empresa” especialmente para las mujeres con contrato temporal que pueden ver peligrar su renovación si solicitan una reducción de su jornada.

5) Conlleva “una pérdida de poder adquisitivo” al reducirse su salario de forma proporcional a la reducción de jornada practicada. Esta reducción salarial incide directamente en la brecha salarial de las mujeres, con un importante impacto en los sistemas de protección social.

6) “Es una medida que no gusta a las empresas”. Como medida de conciliación es una estrategia que los hombres descartan porque consideran que en la “empresa está mal visto y por lo tanto puede perjudicar seriamente su puesto de trabajo”. En el caso de las mujeres la reducción de jornada funciona en la teoría pero no en la práctica, sobre todo porque en España el tejido empresarial que predomina es la pequeña empresa donde no está bien visto la reducción de jornada para ocuparse de las responsabilidades familiares⁶⁵².

7) “Es utilizada principalmente por las mujeres trabajadoras”. Según la EPA, en el año 2010, de las personas con al menos un hijo o hija menor de ocho años (que trabajan o lo hicieron en algún momento después del nacimiento), redujeron su jornada un total de 685.300, de las cuales el 85,1% fueron mujeres y sólo lo hizo un 14,9% hombres. En cuanto a la duración de la reducción, el 21,07% de las mujeres frente al 2,11% de los hombres, redujo su jornada de trabajo por tiempo superior o igual a un mes⁶⁵³.

8) Que las mujeres reduzcan su jornada, provoca que “el hombre quede como principal sustentador económico de la familia”, mientras que ella al trabajar a tiempo parcial será una mera colaboradora en el sustento familiar. Esto “perpetúa el rol de género”, ya que la mujer al estar más tiempo en casa será la que realice las tareas domésticas y por supuesto las tareas de cuidado que finalmente son el motivo por el cual ha reducido su jornada laboral.

9) Esta medida sirve principalmente para “hacer más llevadera a las mujeres la doble jornada”, el trabajo remunerado fuera de casa y el trabajo no remunerado en casa.

10) No hay que olvidar que también tienen derecho a la reducción de jornada quienes se encarguen del cuidado directo de un familiar hasta el 2º grado, de consanguinidad o afinidad, que no pueda valerse por sí mismo. Al igual que sucede en la excedencia por cuidado de familiares, la inclusión de los parientes afines se traduce en el cuidado de los parientes del marido por parte de la mujer trabajadora, llegando al cuidado de suegros, suegras, yernos, nueras, cuñadas y cuñados políticos. Aquí también se podrían incluir a los hijos e hijas del cónyuge de la trabajadora de un anterior matrimonio pues estos son familiares de primer grado por consanguinidad de su marido. En estos casos, al igual que sucede con la excedencia, “siguen siendo las mujeres las

⁶⁵² MORENO MINGUEZ, A.: *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Universidad de Valladolid. Dpto. de Sociología y Trabajo Social. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Febrero de 2010, pág. 125.

⁶⁵³ INE. ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, Año 2010. Nota de prensa del 1 de julio de 2011. Pág. 4. www.ine.es/prensa/prensa.htm.

principales cuidadoras” como evidencian las estadísticas, así en el año 2014, el 95,97% de las personas ocupadas a tiempo parcial que lo hicieron para cuidar de niños, niñas, personas adultas enfermas, incapacitadas o mayores; fueron mujeres⁶⁵⁴.

Probablemente por estos efectos negativos, en el año 2010, según la EPA, el 87% de los más de 5,54 millones de personas con al menos un hijo o hija menor de ocho años (que trabajan o lo hicieron en algún momento después del nacimiento) no redujo su jornada para cuidarles. Este porcentaje llegó al 95,8% en los hombres y se redujo al 76,9% en las mujeres⁶⁵⁵.

5. Reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

La disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, introduce con efectos 1 de enero y vigencia indefinida un nuevo supuesto de reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, regulado en el artículo 37.6 del ET⁶⁵⁶.

Para que los progenitores puedan hacer uso de esta medida de conciliación es necesario que:

a) La persona menor esté afectada por cáncer u otra enfermedad grave del total de 109 que se equiparan al cáncer y están incluidas en el listado anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Personas ocupadas a tiempo parcial según motivo de la jornada parcial. <http://www.inmujer.gob.es/>. Consultado el día 30-11-2015.

⁶⁵⁵ INE. ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, Año 2010. Nota de prensa del 1 de julio de 2011. Pág. 4. www.ine.es/prensa/prensa.htm.

⁶⁵⁶ Art. 37.6 ET: “*El progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años*”.

⁶⁵⁷ Art. 3. Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. (BOE, núm. 182, de 30 de julio de 2011).

b) La enfermedad de la persona menor debe implicar un ingreso hospitalario de larga duración. La norma exige dicho ingreso como medio para demostrar la gravedad de la situación. Y que sea de larga duración, implica que la enfermedad tiene un proceso de curación largo que hace necesario este permiso para que los progenitores puedan atender a la persona menor durante este largo ingreso hospitalario. Aunque la continuidad del tratamiento médico y el cuidado puede hacerse en el domicilio, tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave⁶⁵⁸.

c) La enfermedad requiere el cuidado directo, continuo y permanente de la persona menor por su progenitor, adoptante o acogedor. El cuidado directo implica que el padre o la madre de manera personal le cuide. Que el cuidado será continuo, es decir, todos los días y en el horario de jornada reducida. Y el cuidado tiene que ser permanente, durante todo el periodo que dura la reducción de jornada, por tanto no existe la posibilidad de que lo cuide unos días si y otros no.

d) La necesidad del cuidado debe ser acreditada por el informe del Servicio Público de Salud y órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

e) El cuidado se puede prolongar hasta que el menor cumpla los dieciocho años.

Es destacable el acierto de la regulación de este permiso que viene a cubrir el vacío legal que existía en cuanto al cuidado de menores enfermos de cáncer, anteriormente a esta licencia las opciones de los progenitores era la excedencia voluntaria (art. 46.2. ET), o la reducción de jornada por guarda legal de un menor (art. 37.6 ET).

El ET establece una reducción de jornada mínima del 50% pero no establece un límite máximo pudiendo llegar la reducción hasta un 99'99% de la jornada. Por otra parte, habilita la posibilidad de que por convenio colectivo, se puedan establecer las

⁶⁵⁸ Art. 2.1. Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas al igual que se hace con la reducción por lactancia⁶⁵⁹.

Esta reducción de jornada, se configura como un derecho individual de cada persona trabajadora, hombre o mujer. Aunque si dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante, la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento⁶⁶⁰. Por el contrario, si los progenitores prestan servicio en diferentes empresas, entonces ambos podrían disfrutar al mismo tiempo de la reducción de jornada, pero el subsidio económico de la Seguridad Social solo le corresponderá a uno de ellos⁶⁶¹.

Se atribuye a la persona trabajadora la concreción horaria y el período del disfrute de la reducción de jornada, supuesto lógico ya que ellos conocen sus necesidades de conciliación. Sin embargo, esto no siempre puede ser aceptado por la empresa, sobre todo el porcentaje de reducción de jornada (de al menos un 50% de la jornada), ya que si esta es elevada podría provocar un desajuste en la producción empresarial. En tal caso las discrepancias que puedan surgir entre empresa y personas trabajadoras se resolverán por la Jurisdicción Social⁶⁶². No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. La persona trabajadora, salvo fuerza mayor, deberá preavisar a la empresa con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará la reducción de jornada.

En este sentido, se podría ampliar el permiso por cuidado de hijo o hija a cargo, no sólo por enfermedad grave sino también por enfermedad común, para evitar que los progenitores –principalmente la madre- se tenga que ausentar del trabajo por esta causa sin permiso al no estar esta circunstancia contemplada⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Art. 37.6 ET.

⁶⁶⁰ Art. 37.6 ET.

⁶⁶¹ Art. 4.3 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁶² Art. 37.7 ET.

⁶⁶³ Según propuesta de la profesora FERRANDO GARCÍA, F.; en comparecencia en la Asamblea Regional de Murcia. Comisión especial de igualdad de oportunidades y derechos de la mujer, núm. 7, celebrada el día 3 de junio de 2010, págs. 25-26.

5.1. La prestación económica de la Seguridad Social por reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

La novedad sustancial de esta reducción de jornada frente a las demás (por lactancia o por guarda legal de hijos e hijas y familiares), es la prestación de la Seguridad Social. Toda reducción de jornada por cuidados familiares lleva aparejada una reducción salarial proporcional, y en este caso, es compensada con un subsidio de la Seguridad Social. Esta prestación económica es aplicada por el RD 1148/2011, de 29 de julio, que desarrolla el subsidio e incluye un anexo con la lista de enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación. El Real Decreto en su preámbulo justifica el subsidio durante la reducción de jornada atendiendo a las circunstancias en que esta se lleva a cabo⁶⁶⁴.

Este nuevo derecho laboral incluido dentro de la acción protectora de la Seguridad Social desde el 1-1-2011, se reconoce tanto a las personas que trabajan por cuenta ajena como por cuenta propia, no siendo aplicable a las funcionarias y los funcionarios incluidos en el EBEP, para quienes el derecho se configura como un permiso retribuido por la Administración⁶⁶⁵.

A efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo prevista en el art. 37.6 del ET que lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras “cuando ambas trabajen”⁶⁶⁶. Por tanto, será requisito imprescindible para optar a la prestación que ambos trabajen y que la persona beneficiaria reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50% de su duración, con la finalidad de que este tiempo se dedique al cuidado directo, continuo y permanente de la persona menor.

⁶⁶⁴ Preámbulo RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *“Dicha prestación, con naturaleza de subsidio, tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. El subsidio, por tanto, viene predeterminado por la reducción efectiva de la jornada laboral y por las circunstancias en que ésta se lleva a cabo por las personas trabajadoras”.*

⁶⁶⁵ Art. 1 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁶⁶ Art. 2 RD 1148/2011, de 29 de julio.

Por otra parte, se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento familiar, otras instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. Asimismo, se considerará situación protegida, la constitución de tutela⁶⁶⁷.

En el supuesto de personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas incluidas en los distintos regímenes especiales de la SS y en el de las personas trabajadoras de carácter discontinuo incluidas en el Régimen Especial de los Empleados de Hogar, se considera situación protegida los periodos de cese parcial en la actividad, para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁶⁶⁸.

Serán personas beneficiarias del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave:

a) Las personas trabajadoras, por cuenta ajena y por cuenta propia y asimiladas cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50 por 100 de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso⁶⁶⁹. Por tanto, cualquiera de los progenitores, madre o padre, podrá optar a esta prestación para poder cuidar a la persona menor.

b) Dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras deben acreditar que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de

⁶⁶⁷ Art. 2.3 RD 1148/2011, de 29 de julio. “*Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento familiar preadoptivo y permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento familiar preadoptivo y permanente, cualquiera que sea su denominación.*

No se considerarán equiparables al acogimiento familiar preadoptivo y permanente, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente.

Asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento familiar, la constitución de tutela sobre el menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor”.

⁶⁶⁸ Art. 2.5 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁶⁹ Art. 4.1 RD 1148/2011, de 29 de julio.

previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional. El requisito de estar afiliada y en alta se entenderá cumplido en aquellos supuestos en que la persona progenitora, que no es beneficiaria de la prestación, tenga suscrito un Convenio Especial en el Sistema de la S.S. por realizar su actividad laboral en un país con el que no exista instrumento internacional de Seguridad Social⁶⁷⁰. Ambos progenitores deberán cumplir el requisito de estar trabajando para poder acceder al subsidio.

c) Cuando ambos progenitores, tuvieran derecho al subsidio solamente podrá reconocerse a una de ellos, con independencia del número de menores que estén afectados por cáncer u otra enfermedad grave y que requieran un cuidado directo, continuo y permanente⁶⁷¹. Aunque ambos progenitores, padre y madre, estén trabajando y cotizando solamente uno de ellos podrá percibir el subsidio aunque los dos tengan derecho a la reducción de jornada.

d) En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. Esto será igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal⁶⁷².

e) Mediante acuerdo entre ambos progenitores y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellos el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso, el percibo del subsidio quedará en suspenso cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora⁶⁷³. Desde el punto de vista del impacto de género destaca esta opción al dar la posibilidad a los progenitores de alternar el percibo del subsidio entre ambos, así el padre y la madre se ausentaran por igual del trabajo para atender a la persona menor enferma, evitando así los conflictos con la empresa que se generaría si la reducción de jornada la práctica solamente uno de los progenitores, posiblemente la madre; más teniendo en cuenta que,

⁶⁷⁰ Art. 4.2 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁷¹ Art. 4.3 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁷² Art. 4.4 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁷³ Art. 4.5 RD 1148/2011, de 29 de julio.

estas enfermedades suelen ser largas y la reducción de jornada puede durar bastante tiempo, la duración media llega casi al año; según las estadísticas de la Seguridad Social, la duración media a nivel nacional de los procesos finalizados en el ejercicio 2014, fueron de 334,84 días⁶⁷⁴.

Por otra parte, en las situaciones de pluriactividad podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la S.S. en el que los progenitores reúnan los requisitos exigidos. Si la persona trabajadora acredita las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización⁶⁷⁵, esto garantiza que el progenitor pueda acceder al subsidio.

En el caso de pluriempleo, el reconocimiento del subsidio se efectuará en proporción al porcentaje de reducción que experimente el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos. En esta situación, a efectos de la base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización⁶⁷⁶.

En el caso de que los progenitores trabajen a tiempo parcial tendrán derecho al subsidio, siempre que reduzcan su jornada en, al menos, un 50 por 100. El porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa. En todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo

⁶⁷⁴ SEGURIDAD SOCIAL. ESTADISTICAS. SISTEMA - Total Regímenes - Número de procesos iniciados en el período y en vigor al final del mismo. Duración media de dichos procesos finalizados en el período. Cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave agregado del sistema de la Seguridad Social total regímenes. Acumulado al mes de Diciembre Ejercicio 2014. www.seg-social.es. Consultado el día 2-12-2015.

⁶⁷⁵ Art. 4.6 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁷⁶ Art. 4.6 RD 1148/2011, de 29 de julio.

parcial sea igual o inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio⁶⁷⁷. Pese a que la reducción de jornada de quienes trabajan a jornada completa puede llegar hasta el 99'99%, no tiene sentido que a quienes trabajan a tiempo parcial con un 25% de jornada o menos, (unas dos horas diarias aproximadamente) se les deniegue el acceso al subsidio, probablemente quienes legislaron esta norma pensaron que al tener una jornada de trabajo tan reducida el progenitor tendría tiempo libre para atender a la persona menor enferma y no tendría necesidad de reducir su jornada ya de por sí minúscula. Aunque se podría dar el caso de que un trabajador o trabajadora con una jornada dentro del límite del 25% disfrutase del derecho de reducir su jornada, ya de por sí reducida, y en tal caso no tendría la ayuda económica compensatoria de la Seguridad Social. No obstante, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite.

Al igual que sucede en las prestaciones por maternidad y paternidad, en el caso de personas trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de esta prestación por reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto⁶⁷⁸.

Por otra parte, los períodos mínimos de cotización para el reconocimiento del derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se establecen en función de la edad de la persona trabajadora, siendo el mismo periodo de carencia que se exige para la prestación por maternidad contributiva⁶⁷⁹. Se hace una distinción en función de la edad de los progenitores, para reconocer el derecho a los más jóvenes (menores de 21 años) que aunque no tengan cotización suficiente al

⁶⁷⁷ Art. 4.7 RD1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁷⁸ Art. 4.8 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁷⁹ Art. 5 RD 1148/2011, de 29 de julio.

sistema si tendrán derecho a este subsidio para poder atender a su hijo o hija enferma, en este caso la norma es bastante generosa. No es hasta que los progenitores tengan 21 años cuando se establece una carencia, aunque más reducida para los menores de 26 años.

La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio, “de devengo diario”, equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por IT, derivada de “contingencias profesionales” o, en su caso, la derivada de contingencias comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo.

En esta prestación de la S.S. el devengo es diario, al no saber el tiempo que va a durar la reducción de jornada pues irá en función de la evolución de la enfermedad de la persona menor.

Por otra parte, se establece un subsidio del 100% de la BR, establecida para la prestación por IT derivada de contingencias profesionales, a diferencia de otras prestaciones como la maternidad o la paternidad, donde la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por IT pero derivada de contingencias comunes. Es por tanto el cálculo de este subsidio por cuidado de menores más beneficioso para los progenitores, al incluir la BR derivada de contingencias profesionales en su cálculo la cotización por horas extraordinarias del año natural anterior. No obstante, en aquellos supuestos en que la persona trabajadora no tenga cubierta la contingencia de I.T. en el régimen de Seguridad Social que deba reconocer la prestación (que ya son muy pocas personas), la base reguladora de la misma estará constituida por la base de cotización de contingencias comunes⁶⁸⁰.

En el caso de las personas que trabajan a tiempo parcial, la base reguladora diaria del subsidio será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización de los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la reducción de jornada, entre el número de días naturales de dicho periodo. A dicha base reguladora se aplicará el

⁶⁸⁰ Art. 6.1 RD 1148/2011, de 29 de julio.

porcentaje de reducción de jornada que corresponda. De ser menor la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo⁶⁸¹.

En cuanto al nacimiento del derecho, se tendrá derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. Si transcurre este plazo sin que los progenitores soliciten la prestación, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses.

Respecto a la duración del subsidio, éste se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que será acreditado por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica de la persona menor, y, como máximo, hasta que ésta cumpla los 18 años. Cuando la necesidad de cuidado según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe⁶⁸².

Por otra parte, el Real Decreto 1148/2011 en su artículo 7.2 regula las situaciones por las que “la percepción del subsidio puede quedar en suspenso”, tales como:

a) En las situaciones de IT, durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y, en general, cuando concurra con cualquier causa de suspensión de la relación laboral. No obstante cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo de la persona menor no pueda atenderla y se encuentre en situación de IT o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo o hija, podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores al otro progenitor, siempre que reúna los requisitos para tener derecho al subsidio. Por tanto, quedará en suspenso el subsidio

⁶⁸¹ Art. 6.2 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁸² Art. 7.1 RD 1148/2011, de 29 de julio.

para el progenitor que inicialmente lo solicitó por estar en situación de suspensión laboral y se reconocerá un nuevo subsidio al otro progenitor para que atienda a la persona menor enferma.

b) En el supuesto de alternancia en el percibo del subsidio entre las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras, el percibo del subsidio quedará en suspenso para aquella que lo tuviera reconocido, cuando se efectúe el reconocimiento de un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora.

Por último, el subsidio se extinguirá:

a) Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese⁶⁸³. Es decir, cuando cese la reducción de jornada del progenitor beneficiario del subsidio.

b) Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación⁶⁸⁴.

c) Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente⁶⁸⁵.

d) Por cumplir la persona menor 18 años⁶⁸⁶.

e) Por fallecimiento de la persona menor⁶⁸⁷.

f) Por fallecimiento de la persona beneficiaria de la prestación⁶⁸⁸.

La gestión de la prestación económica se llevará a cabo por la correspondiente entidad gestora o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con la que la persona trabajadora tenga cubiertas las contingencias profesionales. El pago se realizará por periodos mensuales vencidos y en el caso de las personas trabajadoras a

⁶⁸³ Art. 7.3 a) RD 1148/2001, de 29 de julio.

⁶⁸⁴ Art. 7.3 b) RD 1148/2001, de 29 de julio.

⁶⁸⁵ Art. 7.3 c) RD 1148/2001, de 29 de julio.

⁶⁸⁶ Art. 7.3 d) RD 1148/2001, de 29 de julio.

⁶⁸⁷ Art. 7.3 e) RD 1148/2001, de 29 de julio.

⁶⁸⁸ Art. 7.3 f) RD 1148/2001, de 29 de julio.

tiempo parcial el devengo del subsidio será por días naturales, aunque el pago se realice mensualmente⁶⁸⁹.

El procedimiento para el reconocimiento del subsidio se iniciará mediante solicitud de la persona trabajadora dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que le corresponda⁶⁹⁰.

Esta medida de carácter laboral y de Seguridad Social, pretende favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar en una situación donde se hace muy necesaria para que los progenitores dispongan de tiempo para atender y cuidar de un hijo o hija con una enfermedad grave. Sin embargo, desde la perspectiva de género, aunque la norma es neutra y se benefician de la misma ambos progenitores por igual; e intenta facilitar la corresponsabilidad al conceder la posibilidad de disfrutar en alternancia entre la madre y el padre el permiso; probablemente serán las madres quienes mayoritariamente se acojan a esta medida. Aunque este aspecto no se ha podido comprobar, pues no se han encontrado estadísticas desagregadas por sexo en relación al disfrute de esta reducción de jornada, probablemente al igual que sucede en la reducción de jornada por guarda legal de menores y familiares donde son principalmente las madres quienes reduzcan su jornada, en esta sucederá prácticamente lo mismo.

Por otra parte, hubiera resultado adecuado que el ámbito de los sujetos beneficiarios se hubiera extendido a otros miembros de la unidad familiar (abuelos, abuelas, hermanos, hermanas, tíos y tías), algo que resulta bastante consecuente con el tipo de vínculos familiares en nuestro país y que ayudaría a repartir entre más sujetos las actividades de cuidado⁶⁹¹; evitando así que recaigan en un solo sujeto (la madre) o en el mejor de los casos en dos sujetos (la madre y el padre). Los cuidados se podrían repartir entre varios familiares siendo así el tiempo de reducción menor, más en estos procesos que por norma general suelen ser muy largos.

⁶⁸⁹ Art. 8 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁹⁰ Art. 9 RD 1148/2011, de 29 de julio.

⁶⁹¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. Cit., pág. 76.

6. Las medidas de conciliación en el empleo público

6.1. La excedencia

La excedencia de los funcionarios y funcionarias de carrera viene regulada por el artículo 89 del EBEP y puede adoptar las siguientes modalidades que son útiles para el cuidado de menores y otros familiares:

a) *Excedencia voluntaria por interés particular.* El funcionariado podrá obtener esta excedencia cuando hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores. Su concesión quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas y no podrá declararse cuando se le instruya expediente disciplinario. Quienes se encuentren en esta excedencia no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación. La Leyes de Función Pública determinarán los períodos mínimos de duración de la excedencia.

b) *Excedencia voluntaria por agrupación familiar.* Puede concederse sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante el periodo establecido, al funcionariado cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario o funcionaria de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas⁶⁹². Quienes se encuentren en esta excedencia no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

⁶⁹² Art.89.3 EBEP. Y “en organismos públicos y entidades de derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y órganos similares de las comunidades autónomas, así como en la Unión Europea o en organizaciones internacionales”.

c) *Excedencia por cuidado de familiares:*

El funcionariado de carrera tendrá derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años “para atender al cuidado de cada hijo o hija”⁶⁹³, en los mismos términos establecidos para el personal laboral.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, “para atender al cuidado de un familiar”⁶⁹⁴, en las mismas condiciones que para el personal laboral, excepto en su duración que para las personas sujetas al ET es de dos años.

Por otra parte tiene otras similitudes con la excedencia del art. 46.3 ET, así durante la excedencia del art. 89.4 EBEP:

1ª) El período de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

2ª) En el caso de que dos personas funcionarias generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

3ª) El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.

4ª) El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos, durante dos años (a diferencia con el personal laboral que solamente es uno). Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución.

5ª) Los progenitores en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

La única diferencia es que para el funcionariado se duplica el tiempo de reserva del puesto de trabajo.

⁶⁹³ Art. 89.4 EBEP. “Tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o de cada menor sujeto a guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”.

⁶⁹⁴ Art. 89. 4 EBEP: “Que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida”.

6.2. Permisos del funcionariado

Los permisos del personal al servicio de las Administraciones Públicas para conciliar vida laboral y familiar vienen regulados en el artículo 48 del EBEP y entre otros, son los que se detallan a continuación.

6.2.1. Por lactancia de un hijo o hija menor de doce meses

El funcionariado tiene derecho a una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo o hija menor de doce meses que podrán dividirse en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. Igualmente la “funcionaria” podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente⁶⁹⁵.

El tratamiento dado por el EBEP en cuanto a la duración del permiso por lactancia es idéntico al del ET (1 hora), con la única diferencia, que EBEP concreta que la reducción de jornada de media hora sea al inicio o al final de la jornada.

La diferencia más destacable en este permiso entre personal de la empresa privada y la pública, lo introduce la LOI⁶⁹⁶ al modificar el artículo 30.1 f) la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública y ampliar este permiso por lactancia hasta que la persona menor tenga “doce meses” para el personal funcionario, mientras que para el personal laboral es hasta que tenga nueve meses.

El EBEP al igual que lo hace el ET establece que este derecho puede ser ejercido por cualquiera de los progenitores, siempre que ambos trabajen; sin embargo únicamente le reconoce a “a la funcionaria” la posibilidad de sustituir el tiempo de

⁶⁹⁵ Art. 48. f) EBEP.

⁶⁹⁶ Número ocho de la disposición adicional decimonovena de la LOI.

lactancia por un permiso retribuido acumulable en jornadas completas, dejando fuera de este derecho al funcionario⁶⁹⁷.

6.2.2. Por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto

En el supuesto de nacimiento de hijas e hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados tras el parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones⁶⁹⁸.

Este permiso o reducción de jornada será disfrutado casi en exclusividad por el padre, ya que la madre al ser un nacimiento biológico estará de permiso por maternidad al menos en las seis primeras semanas, así durante este tiempo únicamente podrá ejercer el derecho el funcionario.

Por otra parte, en el permiso, es más amplia la protección para los progenitores funcionarios que gozan de una licencia retribuida de hasta dos hora diarias, frente a la de los progenitores de la empresa privada que solo tienen una hora. Este incremento hasta dos horas del tiempo para atender al neonato durante su hospitalización da la posibilidad al progenitor de poder desplazarse desde el centro de trabajo hasta el hospital, siendo además más útil para el funcionariado, pues generalmente trabajan en horario continuo de mañana y podrán salir dos horas antes o entrar dos horas después lo que pueden compaginar mejor con el horario de visitas del hospital.

6.2.3. Reducción de jornada por guarda legal

El EBEP en su art. 48 h), establece que *“por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor*

⁶⁹⁷ Art. 48 f) EBEP. “la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente”.

⁶⁹⁸ Art. 48.g) EBEP.

que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.

Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida”. La norma no limita la reducción de jornada, al no establecer un porcentaje mínimo ni máximo a diferencia del límite establecido para el personal laboral (un octavo y un máximo de la mitad de la duración de la jornada diaria).

Por otra parte, la norma hace uso de un lenguaje sexista al utilizar el término genérico “cuando el funcionario tenga el cuidado directo...”, aunque se entiende que están incluidas las funcionarias. Quienes redactaron el nuevo Texto Refundido del EBEP en 2015, no aprovecharon la ocasión para modificar el lenguaje sexista en este artículo y de otra parte, dejar constancia expresa de quienes son las personas beneficiarias de la reducción, como por otra parte, si hace el ET que dice expresamente que esta reducción de jornada “constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”.

Asimismo, el EBEP establece un supuesto de reducción de jornada “*por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes*”⁶⁹⁹. En este supuesto la norma aclara que si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes. Por tanto, se entiende que al hablar de más de un titular está incluyendo al padre y a la madre.

Esta reducción de jornada que no existe en la legislación laboral, da cobertura al cuidado de familiares de primer grado del funcionario o funcionaria, aunque no detalla si por consanguinidad o afinidad. Si damos por incluidos ambos tipos de parentesco,

⁶⁹⁹ Art. 48 i) EBEP.

esta medida de conciliación serviría para atender el cuidado de padres, madres, hijos, hijas, suegros, suegras, yernos y nueras, durante un mes.

Asimismo, es muy loable que esta reducción (de hasta el 50% de la jornada) sea retribuida por la Administración y se podría equiparar a la prestación de la S.S. por cuidado de menor afectado de cáncer o enfermedad grave que disfrutan los progenitores de la empresa privada, aunque para el personal funcionario tiene mayor alcance al incluir a todos los familiares de primer grado y no únicamente a los hijos e hijas.

6.2.4. Permiso por cuidado de hija o hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave

El permiso por cuidado de hija o hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave viene recogido en el art. 49. e) del EBEP⁷⁰⁰, el cual dispone una protección a los progenitores funcionarios similar a la de los que trabajan en la empresa privada o por cuenta propia, con la salvedad, de que en el empleo público la retribución durante la reducción es asumida por la entidad donde presta sus servicios, mientras que para el personal laboral es asumida por la Seguridad Social.

Por otra parte, cuando concurren en ambos progenitores, por el mismo sujeto y hecho causante, los requisitos para tener derecho a este permiso, el funcionario o funcionaria tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras; siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor -sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda-, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones⁷⁰¹. Asimismo, en el supuesto de que ambos

⁷⁰⁰ Art. 49.e) EBEP: “*el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años*”.

⁷⁰¹ Art. 49 e) EBEP. Cuando concurren en ambos progenitores, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de

progenitores presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio.

Por otra parte, el EBEP estipula que reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario o funcionaria tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en la Seguridad Social. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones.

CAPÍTULO QUINTO

DEFICIENCIAS DE REGULACIÓN DETECTADAS Y POSIBLES SOLUCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

I. LA SITUACIÓN DE PARTIDA

1. El concepto de maternidad y paternidad para la ciudadanía

El concepto de maternidad y paternidad para la ciudadanía es uno de los factores determinantes de la situación laboral de las mujeres. Es a partir de este concepto desde donde se ha realizado la protección jurídico-laboral dada por nuestro ordenamiento jurídico, la suspensión/prestación por “maternidad” y por “paternidad”. Sin embargo, en nuestro derecho del Trabajo y de Seguridad Social, existe una incongruencia en la denominación de los permisos; ya que un hombre que sea padre biológico, adoptante o acogedor, puede acceder a la suspensión/prestación por “maternidad”; e igualmente, una mujer puede disfrutar de la suspensión/prestación por “paternidad”, cuando la otra progenitora es también mujer.

Según la definición dada por la RAE⁷⁰², la maternidad “es el estado o cualidad de madre”, y la paternidad, “la cualidad de padre”. Estas categorías no solo tienen una definición biológica, sino un fuerte componente social. Esto puede provocar cierto rechazo a los hombres a solicitar el permiso por maternidad, pues con esta denominación se asocia a que es una licencia para mujeres, y su uso y disfrute es únicamente para la mujer que ha sido madre, manteniendo así los estereotipos de género⁷⁰³.

⁷⁰² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 23ª Edición publicada en octubre de 2014. www.rae.es. Consultado el día 30-03-2016.

⁷⁰³ En este sentido, DELGADO ÁLVAREZ, M.C.; SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.; y FERNÁNDEZ-DÁVILA JARA, P.A.: Atributos y estereotipos de género asociados al ciclo de la violencia contra la mujer. Univesitas Psychologica, vol. II, núm. 3, Bogotá, Colombia, 2012, pág. 771. En los estereotipos de género el sexo actuaría como un sistema de categorización social que define posiciones separadas para ambos sexos y por tanto está vinculado a los papeles asignados a hombres y mujeres. Como en el caso de los estereotipos que presentan a los hombres como agresivos y emocionalmente inexpresivos, cuyo deber es asumir el sostén material de la familia, y a las mujeres como cuidadoras y emocionales, debiendo asumir el cuidado del hogar y la crianza.

Igualmente en la suspensión/prestación por paternidad también hay un problema de nomenclatura porque, en principio, lo que la LOI buscaba cuando la creó era incentivar la corresponsabilidad familiar otorgando protección al cese temporal de la prestación de servicios del progenitor distinto a la madre biológica. La inexactitud del término paternidad puede apreciarse en algunas situaciones, todas ellas relacionadas con la adopción o acogimiento. En el caso de las parejas homosexuales, la filiación respecto de quien no sea la madre biológica siempre vendrá determinada por la adopción y, no siempre se tratará de un “padre”, también puede ser una mujer en el caso de matrimonios formados por dos mujeres, que tendrá derecho al permiso por paternidad. La ley denomina “maternidad” al permiso y subsidio derivado de la adopción y acogimiento y, al mismo tiempo, reconoce para esa misma situación el permiso y subsidio de “paternidad” para el otro progenitor adoptante o de acogida⁷⁰⁴.

En nuestro país han aparecido nuevos modelos de familias (parejas de hecho, matrimonios de parejas del mismo sexo, parejas divorciadas, familias monoparentales, parejas que aportan a la familia hijos o hija de matrimonios anteriores, etc.); que conviven con el modelo de familia tradicional (padre, madre e hijos o hijas). Para este amplio abanico de nuevas familias hay que dar una denominación a los permisos parentales más acorde con ellas.

Por otra parte, está la percepción que tiene la ciudadanía de las medidas de conciliación. Según un informe titulado “Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España”, se llega a las siguientes conclusiones al respecto: Para las parejas entrevistadas el modelo de dos sustentadores se da por hecho, pero en un contexto con políticas de conciliación limitadas, las mujeres están más dispuestas a reducir sus horas de trabajo pagado o su implicación laboral. Todas las parejas tienen planes para intentar realizar una lactancia materna, así la mayoría de las mujeres desean quedarse en casa con el bebé el máximo tiempo posible para poder dar el pecho. Muy pocas parejas tienen planes de acogerse a una excedencia, principalmente por motivos económicos, y de nuevo, en caso de hacerlo serán las mujeres. Para la mayoría de los progenitores una guardería pública es una opción valiosa, más que las abuelas y abuelos, aunque comparten la idea de que las criaturas no deberían ser

⁷⁰⁴ARASTÉY SAHÚN, M.L.: “Los permisos parentales desde la perspectiva de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 15, 2010. Editor: Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pág. 11.

cuidadas en una guardería durante el primer año de su vida. A pesar de estas estrategias comunes, también hay una diversidad significativa según la situación laboral particular de cada pareja. Igualmente, hay diversidad en cuanto a los ideales sobre la paternidad, aunque un número significativo de hombres muestran el deseo de implicarse en la crianza⁷⁰⁵.

También se constata en este informe que entre las parejas esta la idea generalizada de que serán penalizadas si cogen algún tiempo de permiso o excedencia para cuidar de sus hijas o hijos. Dan por hecho que las excedencias y las reducciones de jornada sólo se permiten en ambientes laborales más feminizados y en el sector público. Estas normas sociales no escritas son muy difíciles de romper y constituyen un obstáculo importante para la maternidad y paternidad compartida, mientras que al mismo tiempo promueven la discriminación estadística en contra de las mujeres en el mercado laboral⁷⁰⁶.

Durante años se ha tratado la necesidad de acabar con la discriminación por razón de género en el empleo, de manera que las normas dictadas al respecto han ido encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. Sin tener en cuenta que estas diferencias entre mujeres y hombres en el empleo son un reflejo del papel que asumen en la familia. En nuestra sociedad aún pervive en el imaginario colectivo el modelo del “varón proveedor” donde la paternidad se asocia a la función de proveedor familiar y de apoyo emocional para la madre, así como a una figura autoritaria y disciplinadora, mientras que la imagen de la madre tradicional está marcada por la mitificación del vínculo materno-filial, siendo ella la última responsable del cuidado y del bienestar de la prole, a quien ha de dedicarse en exclusiva. Estos significados culturales de la maternidad y la paternidad están vinculados a las definiciones tradicionales de feminidad y masculinidad, es decir, a lo que se considera socialmente ser hombre o mujer⁷⁰⁷ y que influye también en otros aspectos sociales⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*. Cit., págs. 45-46.

⁷⁰⁶JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*. Cit., pág. 47.

⁷⁰⁷ROYO PRIETO, R.: “Maternidad, paternidad y desigualdad de género: los dilemas de la conciliación”. Cit., pág. 127.

⁷⁰⁸En este sentido, puede verse, DELGADO ÁLVAREZ, C.: “Gender and cultural effects on perception of psychological violence in the partner”. *Psychothema*, núm. 4, 2015, pág. 381. Sobre los efectos del

Aunque en los últimos años se ha producido en España la transición del modelo de “varón sustentador” al modelo de “dos sustentadores” donde ambos progenitores trabajan y son proveedores del sustento familiar, sin embargo, la responsabilidad del trabajo doméstico y del cuidado de la familia sigue recayendo en gran medida en la mujer. En España aún no se ha evolucionado al modelo “igualitario de dos sustentadores/cuidadores”, donde ambos progenitores son proveedores del sustento familiar y cuidadores de la prole y de familiares dependientes. Esto deriva en que sean principalmente las mujeres quienes se acogen a las medidas de conciliación.

No obstante, se está produciendo una transformación en la sociedad para dar paso en el imaginario colectivo a dos referentes para reproducir los roles de la masculinidad; uno, cifrado en los estereotipos del pasado en donde el autoritarismo representaba la esencia del ser hombre y también de la paternidad; y otro que refleja la transformación cultural y, por tanto, las tendencias que en ese aspecto va adoptando la “nueva identidad masculina y la nueva paternidad” relacionada con la emergencia de una masculinidad que reconoce a la contraparte, la femineidad, como un igual, y asume que los compromisos de la pareja, fuera de la reproducción biológica, se comparten de manera igualitaria. Así, la nueva paternidad, como expresión de la masculinidad emergente, representa la capacidad crítica a los modelos tradicionales de los géneros, cuya esencia permite concentrar el poder en la figura masculina⁷⁰⁹. En este momento la identidad masculina y la paternidad se nutren de dos modelos del ser padre. Uno cifrado en los rasgos tradicionales, y otro que va surgiendo con referentes y características nuevos que proyectan un ejercicio de la paternidad basado en el respeto, el cariño y el afecto⁷¹⁰.

Por otra parte, para entender como el concepto de maternidad supone una desventaja laboral y económica para las mujeres es necesario ponerlo en relación con el modelo de Estado de Bienestar de nuestro país. En España aún permanece una cultura familista que moldea los roles de género. La mujer se siente responsable del cuidado de la prole y de la realización del trabajo doméstico, aunque sea a costa de su inserción

género y la cultura sobre la percepción de violencia Psicológica en la pareja y la naturalización de la misma en el contexto cultural.

⁷⁰⁹ MONTESINOS, R.: “La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina”. *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, núm. 2, 2004. Edita Universidad Autónoma, págs. 197-198.

⁷¹⁰ MONTESINOS, R.: “La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina”. Cit., pág. 213.

laboral mientras que el hombre antepone el trabajo a la familia y considera que la mujer está más capacitada para realizar las labores del trabajo doméstico⁷¹¹.

En nuestra sociedad existe una creencia generalizada según la cual, las mujeres priorizan el ámbito familiar y por ello, el nivel de entrega o dedicación al trabajo será menor, dando por hecho que las mujeres siempre elegirán la familia en detrimento del trabajo. De igual manera, se considera a priori que los hombres estarán plenamente disponibles y su dedicación laboral será total. Sin embargo, no se puede generalizar pues la realidad es que ni todas las mujeres eligen siempre la familia, ni todos los hombres eligen siempre el trabajo.

Según el sociólogo danés Esping-Andersen, el familiarismo, tal y como obra en el contexto español, es un obstáculo tanto para la formación de familias como para el empleo femenino⁷¹². Asimismo, el familiarismo tiene efectos secundarios no solo para las mujeres sino para la sociedad en su conjunto. El efecto más visible es como afecta al empleo femenino pero también es un obstáculo al crecimiento económico, pues si el nivel de empleo de las españolas fuera más alto, crecería el PIB y en consecuencia también los ingresos públicos por impuestos, al aumentar a su vez el número de cotizantes a la Seguridad Social y en número de contribuyentes que pagan IRPF.

Otro problema que se plantea, es que las decisiones sobre la maternidad y la paternidad se consideran aspectos del espacio privado de las personas, a pesar de que especialmente en el caso de las mujeres, su maternidad condiciona su participación y estatus en el espacio público⁷¹³. Las organizaciones empresariales, las instituciones públicas y la sociedad en general no consideran que “los cuidados de las personas” sean una responsabilidad social y política. Se consideran dentro del Estado del Bienestar, la Sanidad y la Educación como servicios básicos, universales y gratuitos sin embargo no se incluyen como un servicio básico del Estado, universal y gratuito, los servicios de cuidados infantiles y de personas dependientes.

⁷¹¹ MORENO MINGUEZ, A.; *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Cit., pág. 145.

⁷¹² ESPING-ANDERSEN, G.: “Modelos de sociedad, demografía, economía y políticas públicas: un nuevo contrato de género”. *Economía e Igualdad de Género: Retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*. (Directora) María Pazos Morán. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. 2008, pág. 31.

⁷¹³ IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a la legislación del cuidado*, VVAA. (Directora) Noelia Igareda González. 2008. Universidad Autónoma de Barcelona. Pág. 33.

2. La crianza después de los permisos laborales por maternidad y paternidad

Un aspecto muy relevante de las políticas públicas españolas es como se realiza la transición desde que se acaban los permisos laborales por maternidad-paternidad y los progenitores tienen que volver al trabajo, hasta que se inicia el periodo de escolarización obligatoria a los 6 años.

En España se puede decir que está garantizada de manera efectiva la escolarización desde los 3 años de edad (tasa neta de escolarización de los niños y niñas de tres años era del 99,1% en el curso 2009-10, según el INE). El desajuste, surge en el periodo que transcurre desde que se acaban los permisos o excedencias (muy pocas personas permanecen en esta situación más de un año), hasta los tres años de edad. La tasa de escolarización de los menores de dos años era del 44,8%; la de los de 1 año era del 27,6%; y la de menos de 1 año era del 7,6%.⁷¹⁴. Es difícil saber si esta baja tasa de escolarización de 0 a 3 años se debe a la escasez de plazas públicas, al alto coste de la oferta privada o al deseo de los progenitores de no escolarizar a los menores aún debido a su corta edad, aunque todo indica a que está motivada principalmente por el alto coste que tienen en España. Según la EPA en nuestro país durante el año 2010 un total de 850.000 personas no trabajaron y no buscaron empleo o lo hicieron a tiempo parcial para hacerse cargo de la atención de los hijos e hijas, de ellas el 59,5% tomaron esta decisión porque los servicios de atención “eran muy caros”, porcentaje que se elevó al 64,4% entre las personas paradas⁷¹⁵. Sea por el motivo que sea, la tasa de escolarización hasta los 3 años debe ser mejorable desde el punto de vista de liberar a las abuelas de las tareas de cuidado y como medida para compatibilizar crianza y trabajo de los progenitores (en especial a las madres).

Otra opción que tienen los progenitores cuando finalizan los permisos es acogerse a una de las medidas laborales de conciliación que les permiten compaginar la vuelta al trabajo con la crianza. Aunque como ya se ha visto en el capítulo IV, son principalmente las mujeres quienes las usan. Precisamente uno de los usos de la

⁷¹⁴ MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A.: *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. Instituto de la mujer. Octubre de 2012, pág. 13.

⁷¹⁵ INE. ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA), Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, Año 2010. Notas de prensa de 1 de julio de 2011, pág. 2. www.ine.es.

excedencia es establecer un puente entre el final de la licencia por maternidad y la accesibilidad a la escolaridad infantil a los tres años regulado y públicamente financiado en nuestro país⁷¹⁶.

En una investigación realizada sobre la compatibilidad laboral y familiar en España en perspectiva comparada de los años 2006-2010 por la Universidad de Valladolid, del análisis de las 20 entrevistas en profundidad realizadas sobre las estrategias de conciliación adoptadas por hombres y mujeres en España. Se desprende que en las parejas que ya tienen descendencia, el primer recurso utilizado para conciliar son los abuelos y abuelas, descartan la contratación de personal doméstico por su elevado coste y prefieren en algunos casos que la mujer deje de trabajar o trabaje menos para ocuparse de los cuidados infantiles. Y las parejas con rentas más bajas descartan la reducción de jornada o el trabajo a tiempo parcial como medida de conciliación pues mermaría sus ya escasas rentas. Por otro lado, destaca que todas las personas entrevistadas coinciden en que la mejor política de conciliación es aquella que flexibiliza los horarios laborales, regula los tiempos de trabajo y permite por tanto ajustar los horarios a los miembros de la pareja en función de los horarios escolares⁷¹⁷.

Sin embargo en otro estudio realizado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en el año 2012, con parejas que aún no ha utilizado ninguna medida de conciliación pues aún no tienen descendencia, se plasman los planes de cuidados que tienen previstos ante el próximo nacimiento de su primer vástago y estos

⁷¹⁶ ESCOBEDO, A. y NAVARRO, L.: *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*. Cit., pág. 38.

⁷¹⁷ MORENO MINGUEZ, A.: *Los dilemas de la compatibilidad laboral y familiar en el marco de las políticas familiares: incidencia sobre el empleo femenino y la división del trabajo familiar en España en perspectiva comparada*, año 2006-2010. Universidad de Valladolid, Dpto. de Sociología y Trabajo social. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Instituto de la Mujer, 2011, págs. 128-130. Se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La mayoría de las personas entrevistadas subrayan que ante la falta de políticas familiares, “las abuelas y abuelos” son el recurso más utilizado para cuadrar los horarios cuando ambos trabajan y eso genera cierta sensación de culpabilidad por estar abusando de ellas/os.
2. Los hogares de status socioeconómico medio bajo consideran que “el coste de los servicios de atención y cuidado de los menores” es bastante elevado, por lo que no compensa contratar a alguien para que se ocupe del cuidado de los menores y en muchos casos es preferible que la mujer deje de trabajar o trabaje menos.
3. Se observan también diferencias según el status socioeconómico de la pareja. En las parejas de más bajo nivel socioeconómico se considera que la conciliación es algo para el funcionariado y las clases más acomodadas. No se sienten partícipes ni destinatarios de las políticas de conciliación, bien por desconocimiento o porque su situación económica no les permite reducir la jornada o trabajar a tiempo parcial, entre otras opciones.

difieren considerablemente de las anteriores parejas que ya han sido madres-padres⁷¹⁸. Las parejas entrevistadas en esta investigación se encuentran en diferentes momentos del periodo de embarazo y no todas ellas han adoptado una decisión final respecto al plan de cuidado infantil que seguirán. Sin embargo, tienen opiniones formadas sobre lo que consideran que es lo mejor para la criatura, mientras maduran las distintas alternativas de acuerdo con su situación particular en el mercado de trabajo y las circunstancias económicas y familiares. En muchos casos ha sido difícil para las parejas entrevistadas separar sus planes ideales sobre el cuidado infantil de los planes más realistas. En esta situación destaca que un 32% de las parejas entrevistadas se planteen que ambos progenitores va a hacer uso de tantos permisos retribuidos como puedan para cuidar al bebé. La segunda opción elegida por un 29% de las parejas es que sea la madre quien utilice todas las licencias remuneradas posibles y el padre únicamente el permiso por paternidad y cuando estas finalicen externalizar los cuidados. Hay un empate (19%) entre las parejas que planean que el cuidado se reparta entre la madre y una de las abuelas, y las que han pensado que la madre haga uso de todos los permisos y el padre preste una ayuda adicional asumiendo una pequeña parte del cuidado.

Tras analizar estos resultados, se confirma que el Estado de bienestar en España es altamente dependiente de la familia, en gran parte por la falta de servicios públicos y gratuitos de conciliación (escuelas infantiles y centros de día para cuidado de

⁷¹⁸ JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*. Cit., pág. 28. Entre los planes de cuidado de las parejas entrevistadas que esperan su primer vástago se distinguen cuatro estrategias en función de quien asumirá el rol de cuidador principal del bebé, los distintos grados de implicación paterna y el momento de externalización de los cuidados:

1) *Madres y abuelas*: un primer grupo de parejas (el 19% de la muestra o, en términos absolutos, 13 parejas) planean mantener la responsabilidad del cuidado infantil en el seno familiar, al menos durante el primer año, implicando a una de las abuelas.

2) *Principalmente madres y soluciones privadas*: para un segundo grupo de parejas (el 29% de la muestra, formado por 20 parejas) el plan consiste en que la madre utilice de forma acumulada todas las licencias retribuidas posibles, sumando las vacaciones anuales, lo que da lugar a un periodo de aproximadamente seis meses, mientras el padre solo utiliza los 15 días del permiso de paternidad. Cuando el periodo de licencias haya finalizado, externalizarán el cuidado infantil a través de la utilización de servicios públicos o privados.

3) *Madres y padres asumiendo una pequeña parte adicional del cuidado*: existe un tercer grupo de parejas (el 19% de la muestra, compuesto por 13 parejas) con una estrategia similar, pero donde los padres prevén disfrutar de un tiempo adicional para cuidar el bebé, por ejemplo, sumando al permiso de paternidad las vacaciones, reduciendo su horario laboral o realizando cambios en la jornada laboral habitual.

4) *Madres y padres*: por último, en un cuarto grupo de parejas (equivalente al 32% de la muestra, formado por 22 parejas) ambos progenitores pretenden disfrutar tantos permisos retribuidos como puedan y el padre prevé disponer de más tiempo libre fuera del trabajo para dedicárselo al bebé o incluso plantea ser el cuidador principal del bebé durante un cierto periodo de tiempo.

dependientes), y el elevado coste de contratación de personal doméstico para atender los cuidados. Todo esto, junto con la falta de corresponsabilidad de los hombres mina el acceso al trabajo y las condiciones laborales de las mujeres, sobre todo su remuneración y sus futuras pensiones.

3. La baja tasa de natalidad

La consecuencia más evidente del familiarismo en un bajo nivel de fecundidad, es la señal más clara de que existe en España una crisis en la familia y un desequilibrio en la sociedad⁷¹⁹. Este desequilibrio social demostrado estadísticamente pues según el INE, en el primer semestre de 2015 (según datos provisionales) el número de nacimientos se redujo un 0,8%, mientras que el de defunciones creció un 10,5%⁷²⁰.

Precisamente a consecuencia de esta inversión de la pirámide poblacional, se llevó a cabo la reforma de la pensión de jubilación por medio de la Ley 27/2011⁷²¹ endureciendo los requisitos de acceso a la pensión ante la imposibilidad de que una decreciente población activa sostenga a una creciente población pasiva. En España hasta finales de 1981, el nivel de reemplazo generacional estuvo siempre asegurado, a partir de entonces, el número medio de hijos o hijas por mujer siguió disminuyendo de forma ininterrumpida y siempre por debajo del nivel mínimo de reemplazo. Así, en 1995, se situaba sólo en 1,18 hijos/hijas, en menos de quince años se redujo en un 43,8%⁷²². La disminución del número medio de hijos o hijas por mujer constituye el acontecimiento demográfico de mayor alcance en la evolución reciente de la población española.

⁷¹⁹ ESPING-ANDERSEN, G.: “Modelos de sociedad, demografía, economía y políticas públicas: un nuevo contrato de género”. Cit., pág. 34.

⁷²⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): Nota de prensa del 2 de diciembre de 2015. “Estadísticas del Movimiento Natural de la Población (Nacimientos, Defunciones y Matrimonios) Primer semestre de 2015. Datos provisionales” <http://www.ine.es/prensa/np946.pdf>. Consultado el día 15-12-2015. El crecimiento vegetativo de la población (es decir, la diferencia entre nacimientos y defunciones) fue de -19.268 personas en los seis primeros meses de 2015, respecto al mismo periodo de 2014, el crecimiento vegetativo se ha reducido en 23.179 personas.

⁷²¹ Preámbulo Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. “La disminución prolongada de las tasas de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa”.

⁷²² VERDUGO MÁTES, M.V.; y CAL BOUZADA, M.I.: “Perfil de la maternidad en España”. *Revista Galega de Economía*, vol. 9, núm. 2, diciembre, 2000, Universidad de Santiago de Compostela. Págs. 1-2.

La causa directa de este descenso en la natalidad se debe a que la transición en España del modelo de varón sustentador al modelo igualitario de dos sustentadores se está realizando a costa de reducir la fecundidad deseada⁷²³ por las parejas. Prueba de ello, es que en España en el año 2012 el número medio de hijos/hijas por mujer era de 1,32⁷²⁴, esta media disminuye en el año 2013 y se sitúa en 1,27 hijos/hijas por mujer. Durante el 2013 se producen en España 424.440 nacimientos, un 6,4% menos que en el año anterior, continúa así una tendencia decreciente de la natalidad iniciada en el año 2009⁷²⁵.

Este bajo nivel de fecundidad (que se ha llegado a llamar “huelga de fecundidad”) se produce como consecuencias de las dificultades de los progenitores (en especial las mujeres) para tener descendencia sin renunciar al trabajo, y en condiciones adecuadas, las mujeres son reacias a tomar la decisión de ser madres. Así, muchas renuncian a la maternidad (en España, el 19,4% de las mujeres en edad fértil afirma que no quiere tener descendencia)⁷²⁶.

Otras toman la decisión de retrasar la maternidad. En España en el año 2013 la edad media de la maternidad en las mujeres es 31,7 años⁷²⁷. Si desglosamos según la nacionalidad de las madres (española o extranjera), en el año 2014, las mujeres de ambas nacionalidades fueron de media madres a la edad de 30,55 años, y en el caso de las españolas llega al 31,08%⁷²⁸. Si la edad media de las mujeres en España para tener su primer vástago supera los 31 años, el segundo y siguientes los tendrán a una edad superior.

⁷²³ MORENO MINGUEZ, A.: *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Cit., pág. 143.

⁷²⁴ CATALOGO DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: *España en cifras 2014*. Edita INE. Madrid, Pág. 12.

⁷²⁵ CATALOGO DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: *España en cifras 2015*. Edita INE. Madrid, pág. 12.

⁷²⁶ PAZOS MORÁN, M: “Desigualdad en el Mercado de Trabajo y en la economía. Situación y Políticas Públicas”. *Lan Harremanak*, núm. 18. 2008, pág. 86.

⁷²⁷ CATALOGO DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: *España en cifras 2015*. Edita INE. Madrid, pág. 12.

⁷²⁸ INE, Indicadores demográficos básico. <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1579>. Consultado el día 23-12-2015.

Para comprobar el porcentaje de nacimientos en función de la edad de la madre en España se ha elaborado la siguiente tabla, tomando como referencia a partir de los 32 años de la madre, edad media de la maternidad en nuestro país en el año 2013.

Tabla núm. 12. Nacimientos en España en el año 2013 en madres cuya edad está comprendida entre 32 y 50 años o más

EDAD	NÚMERO DE NACIMIENTOS	% SEGÚN TOTAL DE NACIDOS-AS
32	32.764	7,70
33	33.653	7,91
34	33.593	7,89
35	32.528	7,64
36	29.244	6,87
37	24.445	5,74
38	19.729	4,63
39	14.774	3,47
40	10.977	2,58
41	7.477	1,76
42	4.747	1,12
43	2.628	0,62
44	1.484	0,35
45	774	0,18
46	449	0,11
47	210	0,05
48	135	0,03
49	87	0,02
50...	82	0,02
TOTAL	249.780	58,67

Fuente: Elaboración propia con datos del INE (Movimiento Natural de la Población). Nacimientos año 2013. Nacimientos ocurridos en España. Nacimientos por edad de la madre, estado civil de la madre y madurez. www.ine.es.

Según se desprenden de estos datos en más de la mitad de los nacimientos (58,67%) producidos en España en el año 2013, las madres tenían una edad comprendida entre los 32 años y los 50 o más.

También es destacable el número de mujeres que son madres tardías, según la medicina son aquellas que se enfrentan a su primera maternidad con 35 años o más. Siendo treinta y cinco años la edad a partir de la cual las mujeres ven calificado su

embarazo como “embarazo de riesgo”⁷²⁹. De los nacimientos producidos en el 2013 un 35,18% de los mismos la edad de la madre estaba entre los 35 y 50 o más años. Se podrían calificar estas gestaciones de riesgo en función de que fuera el primero o el segundo embarazo. Este retraso en de la maternidad es un indicador evidente de que es necesario mejorar la conciliación y minimizar la penalización por ser madre que existe en el mercado laboral.

En cuanto al perfil socioeconómico de la fecundidad, tradicionalmente el nivel de fecundidad es mucho más alto para mujeres con niveles educativos bajos, y mucho más bajo para los niveles educativos altos⁷³⁰.

Como consecuencia de la caída de la natalidad los permisos por maternidad se han reducido casi un 20% y los de paternidad un 15%. De las 359.160 prestaciones por maternidad en 2008 se ha pasado a 281.151 en 2014. Y de las 279.756 prestaciones por paternidad de 2008, el año 2014 se cerró con 235.678⁷³¹. Esta caída de la natalidad lleva aparejada un descenso del gasto público en prestaciones sociales, que se podría haber aprovechado para aumentar el permiso por paternidad en cuatro semanas.

Según el sociólogo Esping-Andersen los factores que explican esta baja fecundidad son tres: El coste de los hijos e hijas, el acceso a guarderías infantiles y la escasa dedicación del padre a las labores de crianza⁷³².

⁷²⁹ SAMPEDRO, R.; GÓMEZ, M.V.; y MONTERO, M.: “Maternidad tardía: incidencia, perfiles y discursos”. *EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2002, pág. 14.

⁷³⁰ ESPING-ANDERSEN, G.: “Modelos de sociedad, demografía, economía y políticas públicas: Un nuevo contrato de género”. Cit., pág. 36.

⁷³¹ SEGURIDAD SOCIAL, Estadísticas, Otras prestaciones de la Seguridad Social, Maternidad, Paternidad. www.seg-social.es. Consultado el día 19-12-2015.

⁷³² ESPING-ANDERSEN, G.: “Modelos de sociedad, demografía, economía y políticas públicas: Un nuevo contrato de género”. Cit., págs. 38-41.

El coste de los hijos/as: El efecto sobre el presupuesto familiar es de un incremento en torno al 20% del gasto familiar por cada hijo/a. Pero no es aquí donde reside el problema ya que en algunos países europeos donde existe subsidios públicos de ayuda a las familias, los estudios sobre el efecto del cheque familiar sobre la fecundidad concluyen que no tienen prácticamente ningún efecto. El problema tiene más que ver con “el coste de oportunidad indirecto de ser madre”, o la penalización por maternidad a lo largo del ciclo vital. Esta penalización opera a través de la pérdida de ingresos durante el periodo de interrupción laboral y, mucho más grave aún, a través de la pérdida de ingresos en el futuro causada por los efectos secundarios de interrupción, es decir, por la erosión del capital humano que, entre otras cosas, profundiza la brecha salarial durante toda la vida.

La interrupción se debe, en parte, a la falta de un permiso de maternidad adecuado. España tiene un permiso breve, el efecto sobre el empleo es muy claro: una baja maternal breve tiene como consecuencia que muchas mujeres vuelven pronto al trabajo, especialmente aquellas que dan más importancia al desarrollo de su carrera profesional; pero por otro lado provoca que muchas no vuelvan nunca más.

Ante este panorama se hace necesarias soluciones con urgencia para superar la crisis demográfica de nuestro país y frenar sus consecuencias perjudiciales, entre otras, pone en jaque la viabilidad de nuestro sistema público de pensiones. Los poderes públicos deben legislar medidas para corregir esta situación, deberíamos aprender de los distintos modelos de políticas familiares en Europa pues es muy ilustrativa respecto a cómo convencer a las mujeres para que tengan descendencia: “la única receta es la igualdad de género”. Como ejemplo tenemos a Suecia, en este país se llevaron a cabo reformas radicales de las políticas públicas para orientarlas hacia el modelo de sociedad de personas sustentadoras/cuidadoras en igualdad. Con estos cambios, la tasa de fecundidad sueca pasó de ser una de las más bajas de Europa a ser una de las más altas⁷³³.

En general, la asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, “ha mejorado las bajas tasas de natalidad que tenían los países escandinavos cuando implantaron -en la década de los ochenta del siglo XX- medidas basadas en la idea de la corresponsabilidad”⁷³⁴.

La educación infantil: El acceso a guarderías infantiles para edades de 0 a 3 años, donde en España la cobertura está en torno a 7-8% (actualizar datos), siendo este periodo el más problemático para la incorporación de las madres al trabajo remunerado. En el mercado español el precio de una guardería a tiempo completo está en torno a unos 450-500 euros al mes, lo que supone un importe muy alto para las mujeres con salarios bajos. Estas al no tener acceso a plazas de educación infantil para sus hijos-as, interrumpirán su vida laboral durante 3 años hasta que lleguen a la edad escolar.

La dedicación del padre: En las teorías explicativas sobre la baja fecundidad el debate se centra sobre un paquete básico de conciliación que incluye fundamentalmente servicios de educación infantil y permisos de maternidad. Sin embargo las investigaciones más recientes concluyen que el problema no se centra tanto en cuestiones monetarias sino en la seguridad laboral, las mujeres no asumen la maternidad hasta que no han asegurado su carrera profesional. Y esto nos lleva a un tercer elemento determinante de la huelga de fecundidad, la diferenciación de los roles que asumen mujeres y hombres. Cada vez hay más mujeres que conceden una gran importancia a su carrera profesional y necesitan un equilibrio entre su vida familiar y laboral, estas demandan una mayor igualdad en la distribución del trabajo doméstico y del cuidado y atención a los hijos-as y familiares dependientes. La consecución de una mayor igualdad intrafamiliar dependerá del poder negociador de las mujeres dentro de la familia a la hora de tomar decisiones que afectan a la especialización de roles y dedicación familiar. La dependencia económica, es lo que le confiere a la mujer la capacidad negociadora dentro de la pareja.

Las políticas públicas pueden aumentar ese poder negociador, sobre todo ayudando a las mujeres a tener un pie fuerte y permanentemente asentado en el mercado de trabajo.

Además, en un trabajo sobre fecundidad (Esping-Andersen, Brodmann y Guell, 2007), se muestra como para mujeres con mayor orientación al desarrollo de su carrera profesional, la decisión de tener un segundo hijo/a depende en gran parte de la disponibilidad de su marido o pareja para la participación activa y de manera sinérgica en el cuidado de los niños/as.

⁷³³ PAZOS MORÁN, M: “Desigualdad en el Mercado de Trabajo y en la economía. Situación y Políticas Públicas”. Cit., págs. 86-87.

⁷³⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, cit., pág. 18.

4. La discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad

4.1. La participación desigual de la mujer en el mercado de trabajo

El ser mujer ya de por sí ha constituido históricamente un factor discriminatorio en el terreno laboral, y la maternidad y el tener cargas familiares aumenta esta discriminación. El embarazo a menudo es visto por las empresas como motivo seguro de absentismo laboral, peor condición física y aptitud para el trabajo, así como eventual causa de enfermedades. Esta actitud no favorece la entrada de la mujer en el mundo del trabajo en pie de igualdad⁷³⁵.

Para comprobar en qué medida el tener descendencia afecta la participación laboral de hombres y mujeres es necesario hacer uso de las estadísticas como principales indicadores del mercado de trabajo, para ello se han elaborado las siguientes tablas:

Tabla núm. 13. Tasa de empleo de hombres y mujeres de 25 a 49 años en el año 2014

	HOMBRES	MUJERES	DIFERENCIA
SIN HIJOS-AS MENORES DE 12 AÑOS	76,80%	67,80%	9%
CON HIJOS-AS MENORES DE 12 AÑOS	80,90%	61,10%	19,80%
CON 2 HIJOS-AS MENORES DE 12 AÑOS	81,70%	61,40%	20,30%

Fuente: Elaboración propia según datos del INE. Productos y servicios/Publicaciones/Mujeres y hombres/Empleo/Incidencia en el empleo por la existencia de hijos.

Según el INE en España en el año 2014, la diferencia en la tasa de empleo de hombres y mujeres de 25 a 49 años varía sustancialmente en función de si estos tienen o no descendencia. En los hombres “sin hijos o hijas menores de 12 años” la tasa de empleo era de 76,8%; tasa que va en aumento cuando tienen descendencia con una edad inferior a los 12 años. Por el contrario, en el caso de las mujeres, a medida que se incrementa el número de descendientes menores de 12 años, disminuye la tasa de

⁷³⁵ SANZ CABALLERO, S.: “De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Estudios de Economía Aplicada*. Vol. 27-3, 2009, pág. 28.

empleo. Con tres hijos o hijas o más el valor de la tasa de empleo es 44,2%⁷³⁶. En cuanto a las diferencias porcentuales, aun en el caso de que las mujeres no tengan descendencia en edad inferior a 12 años, su tasa de empleo es inferior en un 9% a la de los hombres en la misma situación. Diferencia que aumenta considerablemente cuando tienen descendencia menor de 12 años, entre un 19,80% en caso de tener un descendiente y un 20,30% cuando se tienen dos.

En nuestro país “la brecha de género en las tasas de empleo” de la población de 16 y más años alcanzaba un valor de 12,8 puntos en el año 2010. En el periodo 2010-2014 disminuyó 2,5 puntos alcanzando un valor de 10,3 puntos en el año 2014. En este descenso de la brecha de género influyó de manera notable la menor tasa de empleo de los hombres como consecuencia de la crisis en el periodo 2010-2014. Si la comparamos con la brecha de género en la UE-28 para la población de 15 a 64 años, en el año 2010 era de 11,8 puntos, descendiendo a 10,5 en el año 2014⁷³⁷, por tanto, estaríamos dentro de la media europea.

Tabla núm. 14. Evolución del impacto de la maternidad en el empleo

AÑO	ESPAÑA	UE-28	DIFERENCIA
2005	7,4	13,6	-6,2
2006	9,0	13,1	-4,1
2007	8,0	13,5	-5,5
2008	8,6	13,0	-4,4
2009	6,9	12,0	-5,1
2010	5,5	11,7	-6,2
2011	4,8	10,6	-5,8
2012	1,5	9,7	-8,2

Fuente: Elaboración propia según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”.

El impacto de la maternidad se mide como la diferencia entre la tasa de empleo femenino de las mujeres con edades comprendidas entre 20 y 49 años y sin

⁷³⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): www.ine.es. Productos y servicios/Publicaciones/Mujeres y hombres en España/Empleo/Incidencia en el empleo por la existencia de hijos. Consultado el día 9-12-2015.

⁷³⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): www.ine.es/Productos y servicios/Publicaciones/ Mujeres y hombres en España/Empleo/Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género. Consultado el día 9-12-2015.

descendencia de entre 0 y 6 años, respecto a la tasa de empleo de las mujeres en la misma franja de edad que sí la tienen⁷³⁸.

Respecto a la evolución del impacto de la maternidad en el empleo femenino muestra una clara tendencia a la baja desde el año 2008 (8,6 puntos porcentuales), hasta situarse en 2012 en tan sólo 1,5 puntos porcentuales.

Este impacto en España es muy inferior a la media europea, que también muestra una tendencia positiva a la baja en los últimos años aunque en menor medida situándose en un 9,7% en 2012. Con ello, España se sitúa como noveno mejor país con menor impacto de la maternidad en el empleo con impactos similares al de Dinamarca, Italia o Países Bajos. No obstante, hay tres países europeos en los que la maternidad no supuso un impacto negativo sobre el empleo, entre ellos Portugal y Suecia. En el extremo contrario, en los que la tasa de ocupación de las mujeres madres es notablemente inferior, figuran Alemania, Finlandia o Irlanda, entre otros⁷³⁹.

Sin embargo, la pauta de comportamiento ante la paternidad es muy diferente, tanto en España como en Europa. Así, la paternidad va aparejada a una mayor tasa de ocupación. En España, la tasa de ocupación de hombres con edades comprendidas entre los 20 y los 49 años es superior para los hombres con descendencia que para los que no la tienen. Estas diferencias en puntos porcentuales oscilaron entre el -8,1 en 2008 hasta el -14,1 en 2012. En el resto de Europa, durante toda la serie, en todos los países, la paternidad implica mayor tasa de ocupación masculina. Los datos medios europeos son similares a los de España y varían desde el -9,5 en 2008 hasta el -11,4 en 2012⁷⁴⁰.

La evolución de las tasas de empleo evidencian las diferencias en la inserción laboral de hombres y mujeres. Las mujeres con criaturas de corta edad tienen una tasa de empleo menor mientras que para los varones su incidencia es positiva en términos de

⁷³⁸ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”. 8 de marzo de 2015, pág. 23. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/situacion_mujer_trabajo_2014.pdf. Consultado el día 6-12-2015.

⁷³⁹ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”. Cit., pág. 24.

⁷⁴⁰ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”. Cit., pág. 24-25.

empleo, sigue imperando el concepto de que el hombre tiene que trabajar para mantener a la prole y la mujer dejar de trabajar para ocuparse de la crianza.

En cuanto a la interrupción de su trayectoria profesional por tener descendencia, es decir, a “la renuncia al trabajo remunerado para ocuparse de la crianza”, en España en el año 2010, de las 303.300 personas que decidieron dejar de trabajar, sin considerar la excedencia, para atender a un hijo o hija menor de ocho años; 9 de cada 10 fueron mujeres y casi la mitad dejó su trabajo por más de un año o aún no se han incorporado al mismo⁷⁴¹.

Estas mujeres que optan por abandonar un empleo remunerado ante la dificultad de compaginarlo con la crianza, acceden voluntariamente a dedicarse en exclusiva al cuidado familiar, pero también asumen en exclusiva el trabajo doméstico, un trabajo que no está reconocido socialmente, que no está retribuido, que no tiene una duración de jornada establecida ni en número de horas diarias ni en días de trabajo semanales, ni por supuesto vacaciones, que se ha descrito como la jornada interminable.

En Europa la situación es similar. La tasa de inactividad femenina en 2010 en los 27 países de la UE es superior a la de los hombres. Los países con una brecha entre mujeres y hombres pequeña son los nórdicos, los bálticos, Francia y Portugal. Por el contrario entre los países con una brecha elevada de inactividad laboral destacan los del sur (salvo Portugal), Irlanda y algunos del este (Rumania, R. Checa y Eslovaquia). Evidentemente detrás de las desigualdades en la inactividad de mujeres y hombres de entre 15 y 64 años se halla sobre todo la dedicación en exclusiva de muchas mujeres europeas a la esfera familiar⁷⁴².

Por el contrario, las mujeres que a pesar de la dificultad no abandonan su empleo, tienen un jornada laboral regulada, días de vacaciones y perciben una retribución por su desempeño. Por otra parte, trabajar fuera de casa les proporcionar una red de relaciones sociales propia, reconocimiento social, e independencia económica, esto último les

⁷⁴¹ INE. ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, Año 2010. Cit., pág. 5.

⁷⁴² LARRAÑAGA SARRIEGUI, M.; JUBETO RUIZ, Y; y DE LA CAL BARREDO, M.L.: “La diversidad de los modelos de participación laboral de las mujeres en la UE-27”. *Economía Aplicada I, Lan Harremanak, (Revista de Relaciones Laborales)*, núm. 25, 2012, Universidad del País Vasco. pág. 30.

permite, entre otras cosas, una mayor igualdad en las relaciones de poder en la pareja evitando así el combate mutuo orientado a mantener las relaciones de poder basadas en el género⁷⁴³.

No obstante, estas mujeres que permanecen en el mercado de trabajo compatibilizando vida familiar y profesional, lo hacen la gran mayoría solas, sin participación de los hombres en la crianza y con escasos servicios públicos de atención infantil. Así que, o bien renuncian a tener descendencia, o si la tienen se ven condenadas a la doble jornada, a la precariedad laboral, temporalidad, tiempo parcial y abandonos temporales del empleo de los que ya no se recuperan, pues no vuelven a retomar su carrera. Tampoco desarrollan su carrera profesional de igual forma que los hombres pues al compatibilizar las responsabilidades familiares con el trabajo remunerado corren graves riesgos como son:

- a) Que influya el stress en su rendimiento.
- b) Que aumente su absentismo laboral.

Que reduzca sus posibilidades de acceso al empleo si están en edad de procrear o ya tienen descendientes.

- c) Que las dificultades de conciliar ambas responsabilidades la empujen a no buscar su promoción profesional o que ésta sufra si reduce su jornada de trabajo.

- d) La pérdida del puesto de trabajo, sea por voluntad de la empresa ante un embarazo o maternidad, sea porque se vean obligadas a no retornar a la empresa por imperativos familiares. Sea por presiones familiares o sociales, sea porque su salario es, habitualmente, inferior al del marido, lo cierto es que la tasa de "retorno" -esto es, el porcentaje de mujeres que se reincorpora a su puesto de trabajo una vez terminado su permiso parental- es muy superior entre las mujeres con mayor formación y puestos elevados⁷⁴⁴.

⁷⁴³ En este sentido, DELGADO ÁLVAREZ, C.: "Whast Do The Dating Violence Scales Measure". *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, núm. 161, págs. 18-23. Define el combate mutuo o la violencia simétrica como aquella orientada a mantener las relaciones asimétricas de poder basadas en el género, y que es diferente de la violencia de género en la pareja.

⁷⁴⁴ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.T.: "La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad", cit., pág. 7.

4.2. El acceso al empleo

A pesar de que nuestra legislación laboral contempla que las trabajadoras y trabajadores tienen derecho “*a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo y estado civil*”⁷⁴⁵, esta discriminación se sigue produciendo y los procesos de selección son el primer escalón en el cual se construye la desigualdad de género en las empresas⁷⁴⁶.

Para paliar esta desigualdad la LOI reguló expresamente la discriminación en el acceso al empleo⁷⁴⁷, contemplada actualmente en el Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo en su artículo 35⁷⁴⁸.

A pesar de esta protección normativa siguen apareciendo ofertas de empleo de carácter sexista, y durante las entrevistas de trabajo las empresas siguen preguntado por el estado civil de las candidatas y sobre la intención de tener descendencia en un futuro.

Algunas empresas a la hora de buscar candidaturas para cubrir una vacante, dan mucha importancia a las características personales (sexo, edad o cargas familiares) que nada tienen que ver con el puesto de trabajo a desempeñar.

Estos criterios vienen establecidos por los estereotipos de género, tales como que para las mujeres lo más importante es la familia y para los hombres el trabajo. Aunque las mujeres no tengan descendencia, ni pareja, se las supone más pendientes de lo personal y familiar que sus compañeros varones y esto a la vista de algunas empresas las hace menos adecuadas para el puesto. Una de las tareas pendientes es por tanto, la

⁷⁴⁵ Art. 4.2.c) ET.

⁷⁴⁶ BODELÓN GONZÁLEZ, E., investigadora principal AAVV: “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Cit., pág. 106.

⁷⁴⁷ DA decimoséptima LOI, por la que modificó la Ley de Empleo y añadió un nuevo artículo 22 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Ley actualmente derogada por el Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

⁷⁴⁸ Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. (BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015). Art. 35, dispone en su apartado primero que: “*Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta*”.

Y declara expresamente en el apartado segundo que “*se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico*”.

ruptura de los estereotipos de género en el conjunto de la sociedad, empresariado e instituciones. Rompiendo ideas como: “las mujeres tienen mayor capacidad para desarrollar tareas vinculadas a los cuidados”, “las mujeres tienen menor capacidad de liderazgo” o “el embarazo y la maternidad impiden a las mujeres ser eficaces en el trabajo” que están sumamente arraigadas en el pensamiento individual, colectivo y empresarial. Romper con ellas es lento, complicado y, a veces, desesperante⁷⁴⁹.

Se hace esencial elegir a las personas candidatas por competencias y no por determinadas características personales. Sin embargo, en la entrevista de trabajo los prejuicios de la persona entrevistadora pueden influenciar en la elección, por ello para ser objetiva debe evitar indagar en la vida privada de las personas candidatas en cuestiones como su estado civil o situación familiar, pues son irrelevantes para evaluar las capacidades de la persona para el desempeño del puesto de trabajo y suponen una conducta discriminatoria como se manifiesta en la sentencia STSJ ICAN 1799/2014, de 7 de abril de 2014⁷⁵⁰.

Esta conducta discriminatoria, se debe en parte a que son las mujeres quienes principalmente hacen uso de las medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal, dejando a un lado su carrera profesional temporalmente, lo que provoca que algunas empresas no quieran contratar a mujeres en edad fértil o con responsabilidades familiares. Este hecho afecta al conjunto de todas las mujeres trabajadoras, porque se

⁷⁴⁹ GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, M.J. y LATAS GARCÍA, A.: “Rompiendo estereotipos”. *Revista Trabajadora* 53, núm. 53 IV Época, marzo de 2015. Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO, pág. 14.

⁷⁵⁰ STSJ ICAN 1799/2014 Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 7 de abril de 2014, núm. Recurso 923/2012. En ella queda acreditado en autos que el día 26 de mayo de 2009, en el curso de una entrevista de trabajo que la empresa “AENA AEROPUERTOS, SA” celebró en sus instalaciones del Aeropuerto Tenerife Norte para nuevas contrataciones de Titulados, los entrevistadores (un hombre y una mujer) preguntaron a la aspirante, casada y madre de dos niñas menores, que se desplazó desde Valladolid a Tenerife para participar en el proceso de selección, por su situación personal (marido, hijos) y le hicieron presente las dificultades que tendría para encontrar colegio para sus hijas y para que su marido consiguiera trabajo en la isla y le advirtieron que no querían a alguien que se cogiera una baja por maternidad, teniendo que confesar la aspirante que se había ligado las trompas y que no podía tener más hijos. Concluida la entrevista, fue seleccionada para cubrir el puesto la otra candidata finalista que concurría con la actora, que ante las mismas preguntas respondió que no tenía pareja ni hijos. La Magistrada de instancia manifiesta en esta sentencia que el hecho de someter a una candidata a preguntas familiares y personales totalmente ajenas al trabajo a desempeñar, sea cual sea el lugar de prestación de los servicios (pues ya había manifestado su disponibilidad a desplazarse), supone una conducta discriminatoria, puesto que la trabajadora se ha visto obligada a revelar sus planes familiares y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad, innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado. Y falla que la empresa deberá abonar una indemnización de daños y perjuicios por discriminación por razón de sexo.

discrimina a la mujer trabajadora aunque no sea madre ni tengan intención de serlo, fenómeno conocido como “discriminación estadística”. Este término se ha acuñado para explicar el fenómeno por el cual las empresas, a falta de información previa sobre el comportamiento futuro de un candidato o candidata, se guían por la información estadística que tienen sobre el grupo al que pertenece⁷⁵¹.

Estas ausencias temporales de las mujeres también son concebidas por las empresas como una “amenaza” al rendimiento laboral, que afecta a la productividad y que tiene un coste que ellas deben asumir. Algunas empresas pueden usar el género como indicador de productividad, al tener las mujeres de media una mayor tasa de absentismo laboral por cuidados familiares; por tanto son consideradas menos productivas que los hombres. Sin embargo, las empresas no tienen los mismos prejuicios en otro tipo de absentismo laboral, como son las incapacidades temporales por enfermedad común o por accidente laboral.

En mayo de 2009 la Fundación Másfamilia, presentó un informe del Observatorio de empresas familiarmente responsables, sobre el absentismo laboral (entendido como el hecho de haber faltado al trabajo en algún momento del año). En este informe se desvela que el absentismo laboral es más frecuente en mujeres entre 26 y 35 años o mayores de 55, pues son las que otorgan más importancia a la conciliación de la vida personal y familiar y asumen una mayor carga de responsabilidades fuera del entorno de trabajo⁷⁵².

Según este informe, el absentismo laboral en función del género depende de la situación: Cuando se alegan motivos de enfermedad, las mujeres faltan 6,3 días al año, mientras que los hombres lo hacen 8,4 jornadas. Cuando el motivo es un accidente, las mujeres sólo se ausentan 1,8 días, mientras que los hombres lo hacen 2,8 días. Sin

⁷⁵¹ PAZOS MORÁN, M: “Desigualdad en el Mercado de Trabajo y en la economía. Situación y Políticas Públicas”. *Documento de Trabajo*, núm. 32. Fundación Carolina, Madrid, 2009, pág. 122. En el caso de las mujeres, las empresas tienen en cuenta su mayor probabilidad de ausencias del trabajo por razones familiares. Estas ausencias pueden originarles costes de organización importantes que son generalmente mayores, cuanto mayor es el nivel de cualificación del puesto de trabajo. Para compensar este riesgo, las empresas tienden a colocar en los empleos de calidad a los hombres, dejando para las mujeres, a lo sumo, los empleos menos cualificados y más fáciles de sustituir. Así, todas las mujeres pagan por llevar la etiqueta de “menos disponible”.

⁷⁵² MARTÍNEZ, R.; VALLEJO, C.; y DE SAN ANDRÉS, E.: *Absentismo laboral: el colesterol de la empresa*. Informe del Observatorio Efr, mayo 2009, pág. 18.

embargo, cuando se alude a comportamientos ligados a la conciliación de la vida laboral y familiar, las mujeres, con 4,4 días, casi triplican a los hombres (1,7 días)⁷⁵³. Es evidente, que las mujeres se ausentan menos por bajas motivadas por problemas de salud que sus compañeros varones, mientras que superan a estos por motivos de conciliación. Sin embargo, ninguna empresa recela ante la contratación de un hombre que al contrario que su compañera mujer, en caso de enfermedad estará más días de baja médica.

4.3. La contratación femenina

Una vez superada la barrera de la selección, llega el momento de la contratación. En el año 2014 “la tasa de contratación femenina” se sitúa en el valor más bajo de la última década (43,64%), generando una brecha de género de casi trece puntos porcentuales⁷⁵⁴. Esta caída de la contratación femenina durante los años de la crisis económica entre 2007 y 2014, se produce de diferente manera según el tipo de contrato, siendo el descenso más acusado en los contratos indefinidos (-38,0%) así como en los contratos a tiempo completo (-30,7%), y mucho menor en los temporales (-11,6%)⁷⁵⁵.

Es necesario comprobar bajo que modalidad se realiza la contratación femenina, ya que generalmente ni la contratación temporal, ni la jornada parcial, son opciones elegidas libremente por las personas trabajadoras. Según el informe del Observatorio de las Ocupaciones del SEPE en el año 2014⁷⁵⁶, se pone de manifiesto que los contratos

⁷⁵³ MARTÍNEZ, R.; VALLEJO, C.; y DE SAN ANDRÉS, E.: *Absentismo laboral: el colesterol de la empresa*. Cit., pág. 22.

⁷⁵⁴ SEPE. Informe del Observatorio de las ocupaciones. *2015 Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal Datos 2014*. Edición realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal. www.sepe.es. Consultado el día 10-12-2015. Pág. 37. Hasta 2008, año en el que se registró la máxima del decenio (47,09%), la tasa había ido creciendo paulatinamente debido a un mejor comportamiento de la contratación femenina frente a la masculina, pero a partir de 2009, se invierte la tendencia y la tasa de contratación femenina comienza a reducirse con una única excepción, 2012, año en el que la tasa se recupera y se sitúa en el 47,07%, propiciada principalmente por la entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulaba la relación laboral del carácter Especial del servicio del hogar familiar, que supuso un significativo crecimiento de la contratación femenina.

⁷⁵⁵ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”. Cit., pág. 53.

⁷⁵⁶ SEPE. Informe del Observatorio de las ocupaciones. *2015 Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal Datos 2014*. Cit.; págs. 47-48. La contratación femenina se distribuye en las siguientes modalidades contractuales:

1º) Aproximadamente el 89% de la contratación femenina se concentra en tres modalidades contractuales, todas ellas temporales: Eventual por circunstancias de la producción, con cerca del 43% de los contratos; Obra o servicio, con más del 32%, e Interinidad, con aproximadamente el 14% restante.

temporales con diferencia son los más frecuentes entre las mujeres, además de la escasa contratación indefinida, incluso en los contratos que tienen bonificaciones en la Seguridad Social que no llegan a un 3%. Ha de resaltarse que, en nuestro país, a partir del año 1997, se ha realizado un enorme esfuerzo económico para incentivar la contratación indefinida de las mujeres. Sin embargo, las Estadísticas de Población Activa ponen de manifiesto la escasa relevancia de los resultados obtenidos⁷⁵⁷.

Actualmente no existe ninguna bonificación destinada en exclusiva a la contratación femenina, únicamente se mejoran los incentivos en el caso de ser mujer. Está incentivada tanto la contratación indefinida de hombres como de mujeres, pero en el caso de las mujeres la bonificación es mayor en un intento de frenar la discriminación laboral de estas, aunque como vemos con poco resultado. Así están bonificados los siguientes contratos indefinidos:

- a) La transformación en indefinidos de “contratos temporales de primer empleo joven”⁷⁵⁸. Con ello se pretende paliar una triple discriminación: por ser mujer, por ser joven y por no tener experiencia laboral.
- b) Transformación en indefinidos de “contratos para la formación y el aprendizaje”⁷⁵⁹. Igual que el incentivo anterior se intenta fomentar la contratación indefinida de mujeres jóvenes con poca formación.

2º) La cuarta modalidad con diferencia es, los contratos Indefinidos ordinarios (Bonificados y no bonificados) que representan el 6,12% de la contratación femenina, de los que el 2,63% de los contratos son bonificados.

3º) Le siguen los contratos formativos (Prácticas y Formación) concertados por mujeres; que en conjunto representan el 1,39% de la contratación femenina.

4º) Los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores representan un 0,58% de la contratación femenina, de los contratos celebrados con mujeres, aproximadamente el 57% se han celebrado a tiempo completo, el 41% a tiempo parcial y el resto en la modalidad de fijo discontinuo.

5º) Los contratos suscritos por mujeres en las modalidades específicas para personas con discapacidad (Indefinidos ordinarios y Temporales) reflejan un peso global del 0,14% de la contratación femenina.

⁷⁵⁷ ORELLANA CANO, A.M.: “El principio de igualdad en la jurisdicción social”. Cit.. Pág. 10.

⁷⁵⁸ Art. 12 Ley 11/2013, de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. (BOE, núm. 179 de 27 de Julio de 2013). La transformación en indefinidos de contratos temporales de primer empleo joven, celebrados con personas desempleadas menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o si ésta es inferior a tres meses. Transcurrido el plazo mínimo de tres meses de duración, las empresas que transformen estos contratos en indefinidos tendrán derecho a una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 500 euros/año, durante tres años, Si el contrato se hubiera celebrado con una mujer, la bonificación por transformación será de 700 euros/año.

⁷⁵⁹ Art. 3 Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Las empresas que, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, transformen en contratos indefinidos los contratos para la formación y el aprendizaje, tendrán derecho a una reducción en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dicha reducción será de 1.800 euros/año.

c) Transformación en indefinidos de “contratos en prácticas, de relevo y de sustitución”. Se aumenta la bonificación en el caso de mujeres⁷⁶⁰.

La baja contratación indefinida de las mujeres a pesar de tener más incentivos económicos que la contratación masculina, evidencia la existencia de una reticencia empresarial para concertar contratos de trabajo indefinidos con mujeres.

Además, la modalidad donde menos mujeres se contratan es en los contratos suscritos con personas con discapacidad, tanto indefinidos como temporales, a pesar de que esta contratación está bonificada en sus dos modalidades (indefinida y temporal) y en ambas tiene mayor bonificación la contratación de mujeres. Esto evidencia la doble discriminación en el empleo que sufren las mujeres discapacitadas (por ser mujer y por tener una discapacidad), a pesar de los incentivos económicos para las empresas.

Esto pone de manifiesto que además de los incentivos económicos de la forma que sean -bonificaciones/reducciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social o subvenciones-, es necesario que se adopten medidas encaminadas a acabar con los prejuicios empresariales sobre la contratación femenina.

Asimismo, hay que poner de relieve que estudios recientes apuntan a que quienes tienen contratos precarios (de corta duración, trabajos temporales, etc.) siendo la mayoría mujeres, tienen menos seguridad en el trabajo, menos control sobre su tiempo y menos formación en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo cual está relacionado con un aumento de estrés en el trabajo⁷⁶¹.

Por otra parte, otra modalidad de contratación típicamente femenina es la contratación a tiempo parcial.

⁷⁶⁰ Art. 7, Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Las empresas que transformen en indefinidos contratos en prácticas, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, o que transformen en indefinidos contratos de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 500 euros/año, durante tres años. En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 700 euros/año.

⁷⁶¹ MELERO MARCOS, LUIS (Director). AAVV: Melero Marcos, Luis; Pérez Fernández, Miguel; Sánchez Gómez Mary Cruz; Melero Ventola, Alejandra y Palacios Vicario, Beatriz. Las consecuencias de la organización del trabajo en la salud laboral en la empresa: Estudio de las variables que intervienen en la aparición de riesgos psicosociales”. Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Edita Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC. Madrid, 2011, pág. 30.

En el año 2014, el porcentaje de hombres a tiempo parcial sobre el empleo total representa un 4,2%, y el de mujeres un 11,7%. La diferencia más significativa se presenta por grupos de edad. En los hombres, los porcentajes más altos de ocupados a tiempo parcial corresponden a los más jóvenes; y en las mujeres, los porcentajes son significativamente más altos que en los hombres en todas las edades. Así en el año 2014, en las mujeres de 25 a 44 años en torno al 25% y a partir de los 45 años y hasta los 64 (franja de edad donde probablemente no tengan menores a su cargo) este porcentaje se reduce ligeramente⁷⁶².

Las mujeres concentran en España las dos terceras partes del empleo a tiempo parcial. En 2014, el 27,3% de las mujeres trabaja a tiempo parcial frente a tan sólo el 8,1% entre los hombres⁷⁶³, siendo la brecha de género de un 19,20%.

A pesar de que en España la contratación a tiempo parcial esta feminizada esta modalidad está mucho menos extendida en nuestro país que en otros de la UE, debido a que en algunos países de la UE esta contratación se ha desarrollado en gran medida como fórmula de conciliación de la vida laboral y familiar y de fomento del empleo. En la UE-28, el empleo a tiempo parcial de las mujeres en el año 2014 representa el 15,1% del empleo total frente al 11,7% en España⁷⁶⁴.

No obstante, cabe preguntarse si el trabajo a tiempo parcial sirve como estrategia para conciliar la vida laboral y familiar o si, es un obstáculo para la plena integración de las mujeres en el mercado laboral.

Esta modalidad contractual considerada como una de las fórmulas de contratación que ayudarían a la creación de empleo y como medida de inserción laboral de las mujeres con responsabilidades familiares. Según se desprende de los datos estadísticos no ha funcionado como medida de inserción laboral de las mujeres, al menos en lo que se refiere al empleo de calidad, pues suele ir unida a la temporalidad, a una retribución peor, y a una cualificación profesional inferior; se considera más como una modalidad

⁷⁶² INE, Productos y servicios. Publicaciones. Mujeres y hombres en España/Empleo. Participación de los trabajadores a tiempo parcial y con contrato temporal. www.ine.es. Consultado el día 9-12-2015.

⁷⁶³ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”. Cit., pág. 32.

⁷⁶⁴ INE, Productos y servicios. Publicaciones. Mujeres y hombres en España/Empleo. Participación de los trabajadores a tiempo parcial y con contrato temporal. Cit.

de contratación “femenina”, que como una modalidad de inserción de las mujeres al mercado de trabajo.

En este aspecto debemos hacer referencia a la Reforma Laboral de 2012. El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, permitió que las personas que trabajan a tiempo parcial pudieran realizar horas extraordinarias⁷⁶⁵. Esta mayor disponibilidad horaria influía en las mujeres con cargas familiares, pues les dificulta conciliar su vida laboral y familiar. No obstante, la prestación de trabajo en horas extraordinarias es voluntaria, aunque si las mujeres con responsabilidades familiares, se niegan a hacer horas extras, podría tener consecuencias negativas para ellas.

Esta situación se solventa con el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores⁷⁶⁶, donde desaparece la posibilidad de que las personas contratadas a tiempo parcial puedan realizar horas extraordinarias, salvo los supuestos previstos en el artículo 35.3 del ET (para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes).

A pesar de ello, si pueden ejecutar “horas complementarias”, siendo estas las realizadas como adicionales a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, aunque con ciertas reglas⁷⁶⁷. Aunque la persona trabajadora deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior⁷⁶⁸, esta circunstancia perjudicará principalmente a las personas con responsabilidades

⁷⁶⁵ Art. 5 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE, núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

⁷⁶⁶ Art. 1 Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

⁷⁶⁷ Art. 12. 5 ET. La empresa solo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con la persona trabajadora, bien en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato que debe formalizarse por escrito. Solo se podrá formalizar el pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual. El número de horas complementarias pactadas no podrá exceder del treinta por ciento de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato, pudiendo los convenios colectivos establecer otro porcentaje máximo.

⁷⁶⁸ Art. 12.5 d) ET.

familiares pues a menor tiempo de preaviso mayor dificultad para organizar trabajo y familia.

No obstante, el pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia de la persona trabajadora, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurren las circunstancias relacionadas con la atención de las responsabilidades familiar del art. 37.6 ET⁷⁶⁹ (guarda legal de una persona menor de doce años o una persona con discapacidad, cuidado directo de un familiar, cuidado durante la hospitalización y tratamiento continuado de menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave). Aunque con un obstáculo, la persona trabajadora deberá esperar a que transcurra un año para renunciar al pacto por tener que atender a familiares.

Por otra parte, la negativa de la persona trabajadora a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable⁷⁷⁰, aunque la empresa podría tomar otro tipo de represalias como no tener en cuenta a esa persona para futuros ascensos, o en el caso de trabajar con contrato temporal no renovarlo cuando llegue a término, ni tenerlo en cuenta para transformarlo en indefinido.

Además, en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, la empresa podrá, en cualquier momento, ofrecer a la persona trabajadora la realización de “horas complementarias de aceptación voluntaria”⁷⁷¹. La negativa de la persona trabajadora a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable, pero puede tener las mismas consecuencias negativas que las expuestas anteriormente.

Por otra parte, las horas complementarias realizadas se retribuirán como ordinarias, lo que implica una retribución menor que si fueran horas extraordinarias,

⁷⁶⁹ Art. 12.5 e) ET.

⁷⁷⁰ Art. 12.5 f) ET.

⁷⁷¹ Art. 12.5 g) ET. Su número no podrá superar el quince por ciento, ampliables al treinta por ciento por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato y no computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas.

aunque como parte positiva estas computan a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y periodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones⁷⁷².

En definitiva la jornada a tiempo parcial presentada como una posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral (en principio para los dos sexos, pero, de facto, para las mujeres), presenta evidentes desventajas a tener en cuenta:

1ª) La retribución es proporcional al tiempo de jornada que se realiza, por tanto si la jornada es reducida el salario también lo será, este irá en proporción respecto de la jornada a tiempo completo. Teniendo en cuenta que son las mujeres quienes trabajan a tiempo parcial, esta reducción de salario conlleva que aumente aún más la brecha salarial entre mujeres y hombres.

2ª) Este principio de proporcionalidad se traslada también a otros beneficios económicos como son las prestaciones de Seguridad Social.

3ª) La influencia negativa de la utilización del contrato a tiempo parcial en la remuneración y en las prestaciones de seguridad social de las mujeres, refuerza las relaciones de dependencia económica, y consecuentemente su situación de desigualdad⁷⁷³.

4ª) Les resultará más difícil acceder a los cursos de formación profesional, la empresa podría optar por dar preferencia a quienes trabajan a jornada completa.

5ª) Es muy improbable que una trabajadora a tiempo parcial ascienda profesionalmente, antes lo hará quien esté disponible a tiempo completo, pues la menor disponibilidad de quien trabaja a tiempo parcial, es vista por las empresas como menor implicación y entrega en el trabajo.

6ª) Tendrá mayor dificultad para acceder a puestos de representación de los trabajadores y trabajadoras (delegados/as de personal y comités de empresa), por otra parte, es posible que estos, den prioridad a la defensa de los intereses de sus compañeros y compañeras que trabajan a tiempo completo.

7ª) La jornada a tiempo parcial implica generalmente también temporalidad.

8ª) La excesiva feminización del trabajo a tiempo parcial, puede llevar a que los trabajos a tiempo parcial sean vistos como empleos para mujeres.

⁷⁷² Art. 12.5 i) ET.

⁷⁷³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.T.: “La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad”, cit., pág. 7.

9ª) No todas las ocupaciones permiten este tipo de contratación, siendo más fácil encontrar empleos a tiempo parcial en ocupaciones que están peor remuneradas, con inferior categoría profesional y que ofrecen muchas menos oportunidades de desarrollo y promoción profesional.

10ª) Esta forma de empleo responde en algunos casos más a evitar el desempleo que una verdadera opción personal.

Por otra parte, históricamente, otro aspecto contraproducente del trabajo a tiempo parcial ha sido su efecto negativo en el cálculo del periodo de carencia a efectos de prestaciones y pensiones de la Seguridad Social. Por suerte, este aspecto fue resuelto con el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social⁷⁷⁴, mediante el cual, entre otras medidas, se regula un nuevo sistema de cómputo de las cotizaciones del trabajo a tiempo parcial a efectos del acceso a las prestaciones de la Seguridad Social. Con este RDL se ajusta la normativa reguladora a la sentencia 61/2013, del Tribunal Constitucional de 14-03-2013⁷⁷⁵, por la que se declaró la nulidad de la regulación anterior,⁷⁷⁶ que modificaba la DA 7ª de la anterior LGSS, en la cual para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computaban exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ Art. 5. Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. (BOE, núm. 185, de 03 de Agosto de 2013).

⁷⁷⁵ Sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 5862-2003. (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013). Fallo: “*Declarar inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre*”.

⁷⁷⁶ Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad. (BOE de 28 de Noviembre de 1998).

⁷⁷⁷ Art. 2.2. apartado segundo RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre. Para calcular los días teóricos de cotización, el número de horas efectivamente trabajadas se dividía por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales. Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización se le aplicaba el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarían acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización.

El TC consideró inconstitucional y nulo este sistema de cálculo en los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial, teniendo en cuenta la interpretación de la justicia europea en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012⁷⁷⁸, al considerar que la redacción anterior de la Disposición Adicional 7ª de la LGSS lesionaba el derecho a la igualdad y provocaba una discriminación indirecta por razón de sexo, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, ya que la mayor parte de las personas que trabajan a tiempo parcial en España son mujeres. A juicio del alto Tribunal, las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia para las personas que trabajan a tiempo parcial respecto a quienes trabajan a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida.

Con el Real Decreto-ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social⁷⁷⁹, se regula una fórmula con el objetivo de evitar que se produzcan efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas y la cuantía de la prestación que recibe. Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales la persona trabajadora haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

El nuevo sistema consiste en la aplicación de un “coeficiente de parcialidad”, que se corresponde con el porcentaje que representa la jornada a tiempo parcial respecto a la realizada por una persona trabajadora a tiempo completo comparable. La aplicación de

⁷⁷⁸ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11). (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C290/3, de 1 de octubre de 2011). Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social de Barcelona sobre pensión de jubilación contributiva calculada con arreglo al régimen jurídico español y cotizaciones efectuadas por y a favor del trabajador-Discriminación de los trabajadores a tiempo parcial. Siendo el fallo del Tribunal que “*el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, deber interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada*”.

⁷⁷⁹ Art. 5. Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

este coeficiente permite lograr una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo contributivo de quienes trabajan a tiempo parcial y quienes lo hacen a jornada completa.

Esta reforma del sistema de cómputo de las cotizaciones del trabajo a tiempo parcial beneficia principalmente a las mujeres que anteriormente se quedaban fuera del sistema de pensiones contributivas por la necesidad de trabajar una cantidad mayor de años para poder cumplir con el periodo de carencia, se hace así justicia con el colectivo de personas que trabajan a tiempo parcial en general y en particular con las mujeres.

4.4. La permanencia en el empleo

La protección laboral de la maternidad se centra en el embarazo, parto y lactancia, período relativamente corto de la vida laboral de las madres trabajadoras, aunque con mucha influencia en su empleo. La otra variable que afecta a su mantenimiento en el empleo son las medidas de conciliación.

Paradójicamente el objetivo de las políticas de conciliación es permitir a las mujeres que se incorporen y se mantengan en el mercado de trabajo tras la maternidad, sin estas políticas las mujeres se verían obligadas a volver al hogar para atender la crianza ante la imposibilidad de compatibilizar trabajo y familia. Sin embargo, aún con medidas de conciliación, la tasa de actividad femenina es inferior a la masculina, así, en el tercer trimestre del año 2015, es del 53,42%, mientras que la masculina se sitúa en el 65,90%⁷⁸⁰, generando una diferencia de género de un 6,4%.

Por otra parte, las medidas de conciliación podrían favorecer su retirada del empleo para dedicarse al cuidado de la prole, o su retirada a consecuencia de las represalias empresariales por hacer efectivo su derecho a la licencia por maternidad u otras medidas de conciliación relacionadas con la misma, a pesar del mandato expreso del art. 44.1 LOI⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): Encuesta de población activa (EPA), tercer trimestre de 2015, nota de prensa del día 22 de octubre de 2015, pág. 7. www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0315.pdf. Consultado el día 6-12-2015.

⁷⁸¹ Art. 44.1 LOI. “*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*”.

La mayor represalia que puede sufrir una madre trabajadora es el despido. Sin embargo este supuesto la mujer trabajadora está protegida al amparo del art. 55.5 ET⁷⁸². No obstante, la discriminación por razón de sexo en caso de despido en algunos supuestos es fácil de detectar, sin embargo, en otras ocasiones es más difícil como por ejemplo, cuando la represalia no es el despido sino la no renovación de un contrato temporal o la extinción del contrato temporal. Aunque si la extinción del contrato temporal viene determinada por estar la persona trabajadora disfrutando de una reducción de jornada por cuidados familiares también puede ser declarada como un despido nulo, como manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 196/2015, de 20 de enero de 2015⁷⁸³.

⁷⁸² El art. 55.5 ET establece que será nulo el despido en los supuestos de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, así como el de las trabajadoras embarazadas, y el de las personas que disfruten los permisos por lactancia, por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. Y asimismo, en las reducciones de jornada por cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad, por cuidado directo de un familiar y para el cuidado de menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave. O estén disfrutando una excedencia para cuidar familiares. Asimismo, el despido de las trabajadoras tras su incorporación al trabajo a la finalización del permiso por maternidad y hasta que transcurran nueve meses desde que se produjo el nacimiento, la adopción o acogimiento. El despido será nulo salvo que, en estos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

⁷⁸³ Véase STS Sala de lo Social 196/2015. Madrid 20 de enero de 2015. Núm. Recurso 2415/2013. Una trabajadora de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía de la Junta de Extremadura, contratada mediante un contrato temporal por obra o servicio determinado el día 5-03-2008. Le fue comunicado la extinción del mismo por finalización con fecha 31-12-2011. La trabajadora presentó demanda en el Juzgado de lo Social por despido nulo por discriminatorio o improcedente, al tener una jornada reducida en un 50% por guarda de un menor de 6 años desde el día 26-09-2011. El Juzgado de lo Social nº 1 de Badajoz dictó sentencia declarando el despido como improcedente. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la trabajadora ante la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, la cual dictó sentencia desestimando el Recurso de Suplicación y confirmando la sentencia de instancia. La demandante presenta recurso de casación para la unificación de doctrina aportando como sentencia de contradicción la de una trabajadora con contrato temporal y jornada reducida por guarda legal de un menor que fue despedida por “finalización” de su contrato por obra o servicio determinado y fue declarado nulo en la STS de 25/1/2013. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima que la doctrina correcta es la de la sentencia de contraste. Que la trabajadora al ser objeto de despido lo impugnó solicitando su nulidad –y solo subsidiariamente si improcedencia- al amparo del art. 55.5.b) del ET. El Juzgado de lo Social desestimó la pretensión principal pero estimó la subsidiaria, declarando el despido improcedente por entender que el art. 55 solo regula la forma y efectos del despido disciplinario y que la actora no había sido objeto de tal despido sino simplemente de una extinción por finalización del contrato temporal por obra o servicio determinado, sentencia que es confirmada en suplicación por la sentencia de 13/6/2013 del TSJ de Extremadura. La conclusión del TS es clara: “una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5.b) del ET, que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita –lo que, jurídicamente es lo mismo-, el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente”. Si el Tribunal consideró que no se trataba de un despido sino de una correcta finalización de un contrato temporal debería haber declarado procedente dicha extinción

4.4.1. Acoso laboral a mujeres embarazadas y madres recientes

La marginación laboral en las empresas de las trabajadoras por razón de matrimonio, embarazo o responsabilidades familiares en algunos casos resulta evidente, sin embargo en otras ocasiones es más difícil detectar la reticencia a emplear o a promocionar mujeres casadas o a punto de hacerlo, embarazadas o con responsabilidades familiares.

Según un informe de la Fundación Madrina, nueve de cada diez embarazadas sufre "mobbing maternal", es decir, violencia o acoso, especialmente en su entorno laboral. El informe señala que el 45 por ciento de las mujeres que son madres son despedidas o abandonan su empleo, y esta cifra sube hasta el 50 por ciento en el caso de embarazadas que no pueden acceder a un puesto de trabajo por el simple hecho de estar encinta. La Fundación indica que ocho de cada diez mujeres tienen "muy limitado" el acceso o el mantenimiento de su empleo o bien sufren una penalización severa, en términos de ascenso o remuneraciones salariales. Según el estudio, el perfil de la mujer que sufre mobbing maternal es el de una empleada de una PYME de entre 25 y 30 años, embarazada, con formación básica, hijos o hijas menores de tres años y pareja. En cuanto al perfil de la empresa, el acoso laboral se ejerce en un 60 por ciento en pymes, un 19 por ciento en la empresa pública, un 17 por ciento en grandes empresas y multinacionales, y un 4 por ciento en empresas familiares. El informe recoge algunas frases que la madre trabajadora tiene que soportar tales como "tu embarazo da mala imagen a la empresa", "te daremos otra responsabilidad, ya que tus prioridades han cambiado", o "con tu horario reducido...no quiero sentar precedente", entre otras⁷⁸⁴.

Las consecuencias del "acoso laboral maternal" son principalmente, el despido, la degradación en funciones y la no renovación del contrato de trabajo temporal.

En cuanto al despido, normalmente los motivos expuestos en la carta de despido no están relacionados con el embarazo o la maternidad, pero estos en realidad encubren

contractual. Si, por el contrario, la declaró improcedente es porque consideró que no había quedado acreditada la causa de la extinción. Así la declaración de improcedencia excluye la de procedencia y, por ende, en aplicación del art. 55.5.b) del ET no hay más solución correcta que declarar el despido nulo.

⁷⁸⁴ ABC.es "Nueve de cada diez embarazadas sufre violencia o acoso laboral". Sociedad, publicado 6-3-2010. Consultado en www.abc.es, el día 2-10-2013.

el verdadero motivo, como pone de manifiesto la sentencia SJS 97/11, de Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid declarando nulo el despido de una trabajadora. Se ha elegido esta sentencia pues en ella se dan varios elementos discriminatorios: el primero, que la trabajadora está embarazada, el segundo, que tiene reducida su jornada por cuidado de un menor, y el tercero, la negativa de la trabajadora a realizar horas extras durante el horario que tiene reducido⁷⁸⁵.

Aunque no siempre está tan clara la nulidad del despido. En el Proyecto Artemisa de UGT, programa de asesoramiento sobre igualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral, han observado (hasta mayo de 2009 fecha de publicación del Boletín), que se ha producido un incremento de las consultas referidas a despidos, extinciones de contratos o inclusiones en los Expedientes de Regulación de Empleo (ERES) de mujeres embarazadas, con reducción de jornada o excedencia para cuidado de familiares. En los casos de extinción de contrato o despido individual por causas objetivas pero que, en realidad, encubren una motivación discriminatoria contra la maternidad o el ejercicio de los permisos para cuidado de familiares, la trabajadora puede presentar una demanda contra la empresa por despido nulo. El problema es más complicado cuando la extinción de contrato se produce en el conjunto de un despido colectivo por causas objetivas o económicas, con ERES y que incluyen a mujeres embarazadas, con permiso por maternidad o que disfrutan reducción de jornada o excedencia por cuidado de familiares. En los casos de despidos colectivos, la situación puede pasar desapercibida y hay que analizarla teniendo en cuenta el número de personas que trabajan en la empresa, cuántos son hombres, cuántas mujeres, y cuántos de cada género se incluyen en el ERE, además de otros factores. Sólo teniendo en cuenta todos los datos se puede analizar si se produce o no discriminación⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ SJS 97/11, de Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, de fecha 4 de marzo de 2011. Núm. Autos: Demanda 1390/2010. En dicha sentencia una empresa despide a una trabajadora alegando que la causa del despido es económica (pérdidas financieras), frente a ello, la trabajadora alega que la razón de su despido es por el hecho de ejercer la reducción de jornada por cuidado de hijo menor, además la trabajadora está embarazada, y tal es así, que la empresa ha preguntado en múltiples ocasiones que hasta cuando pretendía mantener su jornada reducida. La empresa le propuso realizar jornada por la tarde computando como horas extras, a lo que la trabajadora se niega y pasa a realizarla su compañera de trabajo. Por otra parte, en la carta de despido no quedan justificadas las supuestas pérdidas que se alegan. El Juzgado estima la demanda de la trabajadora y declara nulo el despido y condena a la empresa demandada a readmitir a la trabajadora.

⁷⁸⁶ BOLETÍN DIGITAL DEPARTAMENTO CONFEDERAL DE LA MUJER. Número 49. Mayo 2009. <http://www.ugt.es/Mujer/crisalida/00049/A%20Fondo.html>. Consultado 2-10-2013.

Del mismo modo que el despido de una persona que está disfrutando una reducción de jornada por guarda legal es nulo, también debe reputarse nula la movilidad funcional consistente en el cambio de puesto de trabajo como represalia, tras acogerse a la reducción de jornada para cuidado de familiar (STSJ de Castilla y León con sede en Valladolid de 19 de diciembre de 2007, recurso 1991/2007)⁷⁸⁷.

Asimismo también será nula la movilidad funcional tras la maternidad, pues con arreglo al Convenio 183 OIT, la trabajadora tiene derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad. Será nula la decisión empresarial contraria como refleja la Sentencia nº 54/08, del Juzgado de lo Social número uno de Cartagena, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo⁷⁸⁸.

Otro interesante supuesto de Acoso por maternidad se observa en la Sentencia 182/2005, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional, ante el Recurso de Amparo promovido por una trabajadora que alegaba que la empresa había degradado sus condiciones de trabajo debido a sus sucesivas maternidades, el TC falla que la empresa

⁷⁸⁷ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares”, cit., pág. 29.

⁷⁸⁸ Sentencia nº 54/08, Autos nº 61/08 del Juzgado de lo Social número uno de Cartagena, dictada con fecha 17 de abril de 2008. La demandante viene prestando sus servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de Jefe de Administración de primera, esta inicia situación de baja por riesgo durante el embarazo que dura un mes, y a continuación permanece en situación de baja por maternidad y a la finalización de esta disfruta sus vacaciones anuales. Tras estas licencias la trabajadora se incorpora a la empresa y comprueba que han sacado su mesa del despacho del director técnico y la ubican en la oficina de administración, por otra parte la empresa le comunica que un cambio en sus funciones y que va a realizar tareas de atención al teléfono y recepción de partes de trabajo, etc. La trabajadora interpone una demanda para que se declare la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo llevada a cabo por la empresa, modificación consistente en el cambio de sus funciones y su ubicación física en su puesto de trabajo tras finalizar su licencia por maternidad. Apelando a que esta decisión es nula por contravenir el artículo 3 de la LOI. Ante lo que la parte demandada alega que no ha existido modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino una decisión empresarial adoptada dentro del ámbito de la movilidad funcional regulada en el artículo 39 del E.T. El Juzgado de lo Social concluye que la empresa ha llevado a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin aportar justificación alguna para esta medida, y dado que esta decisión empresarial injustificada se ha producido en el momento de la reincorporación de la trabajadora tras el periodo de baja por riesgo durante el embarazo y maternidad, sin que hayan transcurrido nueve meses desde la fecha del parto, la modificación debe calificarse como nula por implicar discriminación por razón de sexo, de conformidad con artículo 17 del E.T., y por aplicación análoga de los artículos 53.4.c) y 55.5.c) del mismo texto legal. Por lo que procede la estimación de la demanda declarando nula la decisión empresarial y se le reconoce a la trabajadora el derecho a ser repuesta en sus anteriores condiciones de trabajo.

la reponga en las funciones que realizaba y puesto de trabajo y a cesar en su trato discriminatorio ⁷⁸⁹.

Ambas sentencias aplican la prohibición de discriminación a otras condiciones de trabajo, diferentes al despido, y brindan protección a las trabajadoras para que puedan desarrollar su carrera profesional a la par que su maternidad. Las empresas que realizan estas prácticas discriminatorias deberían reflexionar sobre su conducta, en primer lugar porque es ilegal y en segundo lugar porque están perdiendo el talento femenino como capital humano. Un capital humano que como en el caso de las dos

⁷⁸⁹ Sentencia 182/2005, de 4 de julio de 2005, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 2447-2002. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: postergación profesional de una trabajadora a causa de sus embarazos y maternidades. (BOE, núm. 186, de 5 de agosto de 2005). La sentencia razona:

-Que la demandante (que ejercía funciones de asesora jurídica) ha acreditado que paulatinamente se le ha apartado de la llevanza de los asuntos más novedosos de la empresa; que permanece desde 1994 en la misma categoría y nivel retributivo, mientras que sus dos compañeros situados orgánica y funcionalmente a su mismo nivel han sido promocionados percibiendo retribuciones variables superiores a las suyas.

-Que justo en el momento de su efectiva reincorporación tras el último descanso maternal, ha sido desplazada de la asesoría jurídica a otro departamento en el que no se llevan a cabo trabajos de naturaleza jurídica, o donde la entidad jurídica es muy inferior a las que se encomiendan a la asesoría de la que antes dependía.

-Que la demandante ha aportado datos sobradamente demostrativos de su situación personal —mujer y madre de tres hijos— y de las alteraciones objetivamente perjudiciales en su formación y promoción profesionales y en sus retribuciones.

-Que el argumento empresarial para el ascenso de sus compañeros de que estos asumieron más y más importantes trabajos sólo es demostrativo del hecho de que a ellos se encomendaron esas tareas. La justificación objetiva y razonable de tal decisión exigía que la empresa demostrara por qué razón esos trabajos no se encomendaron también, en términos paritarios, a la actora.

-Que no se incorporó a la demandante a las nuevas actividades jurídicas esenciales para la empresa por razón de sus bajas por embarazos y por tanto se la relegó por este motivo en su promoción y en sus retribuciones.

-Que su adscripción al departamento de calidad ha quedado evidenciado que no constituyó una propuesta mediadora de la Inspección de Trabajo (ante la que previamente había denunciado la trabajadora a la empresa), y que en este departamento no se lleva a cabo actividad jurídica alguna, o su entidad es notoriamente inferior en cantidad e importancia a la dispensada por la asesoría jurídica. Esta solución constituye una represalia por su denuncia ante la Inspección de Trabajo, puesto que el Presidente de la compañía no protegió a la demandante sino que la discriminó por su actitud de reivindicación de sus derechos.

El fallo de la Sentencia dispone que la empresa al relegar a la demandante de sus funciones en la asesoría jurídica y trasladarla al departamento de calidad de la dirección de auditoría interna la ha discriminado por razón de sexo, por causa de su triple maternidad. Y ordena a la demandada a que de modo inmediato la reponga en las funciones que realizaba y puesto de trabajo que ocupaba en la asesoría jurídica y a cesar en su trato discriminatorio. Sentencia que fue revocada por el TSJ de Madrid.

El Tribunal Constitucional, partiendo de los mismos hechos declarados probados, estima parcialmente el recurso de amparo reconociendo su derecho a no ser discriminada por razón de sexo y anula la Sentencia del TSJ de Madrid. Para el TC resulta evidente que *“la recurrente ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)”*. *“No se ha aportado ninguna prueba que cabal y racionalmente rompa el nexo causal descrito entre la minusvaloración profesional y la triple maternidad de la trabajadora, situando las decisiones empresariales al resguardo de cualquier motivación discriminatoria”*.

trabajadoras de las sentencias expuestas, está altamente formado y cualificado y que se pierde al degradarlas en sus funciones e impedirles crecer profesionalmente.

4.4.2. La promoción profesional

El desarrollo de la carrera profesional puede verse obstaculizada como consecuencia de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. En las empresas en la planificación de las carreras profesionales de su personal no se tienen en cuenta situaciones como las ausencias por maternidad. Estas ausencias afectarán negativamente sobre todo si son de larga duración, como la reducción de jornada o la excedencia. Según evidencia el estudio “Mujeres y poder empresarial en España”, pedir una excedencia o una reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas apenas es habitual entre las directivas de las empresas por el conflicto que supone. Además, las mujeres directivas entrevistadas señalan que cuando las mujeres solicitan, por ejemplo, una reducción de jornada, “se sabe que no se cuenta con ella para proyectos importantes, al final no es bueno para la mujer porque no se está aprovechando todo el potencial”. Al final la aparente flexibilidad de esta medida resulta perjudicial para quienes hacen uso de esta fórmula de conciliación (generalmente ellas), al perder visibilidad en unas empresas que todavía no están preparadas para premiar o promocionar a empleadas o empleados que no están⁷⁹⁰. La jornada reducida, una modalidad habitual en otros países europeos, es vista por las directivas españolas como un freno a su promoción profesional. Los resultados de la IV Encuesta de Adecco a Mujeres Directivas, de las 400 directivas encuestadas, un 90% cree que solicitar una jornada reducida no les ayudará en absoluto a promocionar en su carrera⁷⁹¹.

Pero la discriminación laboral de la mujeres en el acceso a puestos de responsabilidad también se da en las instituciones públicas, así por ejemplo, las mujeres no han conseguido acceder a los máximos cargos académicos, de gestión y responsabilidad en el ámbito universitario. Parece que, en la mayoría de los casos, es el entorno social y el rol asumido por la mujer en las responsabilidades familiares y tareas

⁷⁹⁰ CASTAÑO COLLADO, C. (investigadora principal) VVAA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. *Mujeres y poder empresarial en España*. Edita. Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad). Madrid. Año 2009, pág. 140.

⁷⁹¹ ADECCO. IV ENCUESTA ADECCO A MUJERES DIRECTIVAS. Madrid, 5 de julio de 2010. Pág. 4. <http://www.adecco.es/data/NotasPrensa/pdf/233.pdf>. Consultado el día 03-01-2016.

domésticas, lo que les lleva a sentirse en desigualdad de condiciones para competir con sus colegas varones⁷⁹².

La protección legal de los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional, viene establecida por el art. 24.1 ET, que determina que estos se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras⁷⁹³, sin embargo son escasos los convenios colectivos que regulan procedimientos de ascenso. Aunque el segundo párrafo del mismo artículo del ET aclara que “*en todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario*”.

Y añade que “*los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación*”⁷⁹⁴. Sin embargo, en las empresas algunos criterios utilizados para decidir los ascensos penalizan a las mujeres tales como:

- a) La disponibilidad, tanto horaria como geográfica, y la disponibilidad para viajar puede ser incompatible con las responsabilidades familiares. Incluso, en algún caso, el acceso a un determinado puesto se condiciona a la plena disponibilidad horaria del candidato o candidata.
- b) La antigüedad en la empresa que también es menor en las mujeres.
- c) La libre designación⁷⁹⁵. La promoción, por lo general, conlleva cierta arbitrariedad de la persona que promociona en la empresa, está perjudicará a una mujer

⁷⁹² HERNÁNDEZ MARTÍN, A.; SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.; y GARCÍA-VALCARCEL MUÑOZ-REPISO, A.: “Igualdad de oportunidades en el ejercicio de la función docente universitaria: situación de hombres y mujeres en la universidad del siglo XXI. *Revista Educación y Pedagogía*, vol. 16, núm. 40, 2004, pág. 91.

⁷⁹³ Art. 24.1 ET.

⁷⁹⁴ Art. 24.2. ET.

⁷⁹⁵ En este sentido, FERRANDO GARCÍA, F.: “Indirect sex discrimination –burden of proof- equal treatment in promotion- equal pay”. *International Labour Law Reports*, BRILL-Nijhoff, Vol. 19, 2000, págs. 21-22. Sobre sentencia que declara una práctica empresarial de la Caixa de Cataluña constitutiva de discriminación por razón de sexo. La discriminación se lleva a cabo por vía indirecta y consiste en que solicitan el puesto de delegado o subdelegado muchas menos mujeres que hombres, debido a la práctica empresarial que sólo permite la petición del cargo a aquellas personas a las que previamente se les ha sugerido que lo hagan, es decir, se han invitado o recomendado a que cursen la solicitud al puesto.

que esté haciendo uso de una medida de conciliación. En particular, en las grandes empresas funciona el principio de cooptación (designar a alguien por elección y no por méritos propios) esta elección se realiza a través de las relaciones de mentorazgo (mayoritariamente masculino) que conlleva ciertos problemas para las mujeres, por la dificultad de crear redes informales en un contexto mayoritariamente compuesto por hombres⁷⁹⁶.

d) Los estereotipos tales como: las mujeres están más pendientes de lo emocional, lo personal, lo doméstico que del trabajo; y que ellas tienen un estilo de liderazgo diferente a los hombres. En definitiva estereotipos que las convierten en no elegibles para puestos que requieren autoridad y ejercicio de poder.

Todos estos obstáculos forman lo que se denomina el “techo de cristal”. Esta expresión simboliza las barreras invisibles que impiden a las mujeres llegar a los puestos de responsabilidad en las empresas. Este famoso techo es invisible, esta invisibilidad viene dada por el hecho de que no existen leyes que impongan a las mujeres ninguna limitación profesional, pero las estadísticas demuestran que existen y se refleja en la escasa presencia de mujeres en los niveles más altos de la jerarquía empresarial.

Por otra parte, cada vez adquiere más protagonismo el llamado “techo de cemento”. Éste hace referencia a las propias limitaciones que las trabajadoras se “autoimponen” para su crecimiento profesional, al renunciar a su promoción porque esta conlleva mayor entrega en el trabajo y menos dedicación a la familia, lo que les genera un sentimiento de culpabilidad. De hecho, un 76,7% de las encuestadas por la Consultora Adecco afirma que cada vez hay más mujeres que, de forma voluntaria, rechazan un ascenso para no renunciar a su vida familiar⁷⁹⁷. Las mujeres en puestos de responsabilidad se enfrentan a un dilema “ser madre o ser directiva”. Así según el estudio “Mujeres y poder empresarial en España”, las responsabilidades parentales parecen ser un claro freno para la presencia de mujeres como directivas o empresarias, las madres son un colectivo minoritario en tales puestos. Esta situación es más acusada

Además, como el puesto conlleva una mayor responsabilidad y también una superior retribución resulta que la discriminación en el plano laboral comporta asimismo otra en el salarial.

⁷⁹⁶ CASTAÑO COLLADO, C. (investigadora principal) VVAA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. *Mujeres y poder empresarial en España*. Cit., pág. 18.

⁷⁹⁷ ADECCO. IV ENCUESTA ADECCO A MUJERES DIRECTIVAS. Cit., pág. 5.

entre las directivas que entre las empresarias donde se registra un mayor porcentaje de madres respecto a aquellas⁷⁹⁸.

4.4.3. El acceso a la formación

La falta de formación ha sido un factor de discriminación de las mujeres en las empresas. La formación es una herramienta básica para la mejora de la cualificación profesional, por tanto, cabe preguntarse si es posible compatibilizar la vida familiar y la formación profesional.

El art. 48.4 y 48.7 del ET no contemplan nada relativo a la formación mientras los progenitores están suspendidos a causa de la maternidad o paternidad. Por el contrario el EBEP dispone para los permisos por parto y por adopción o acogimiento que “*durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración*”⁷⁹⁹, hace una mención expresa en cuanto a la formación de sus trabajadoras y trabajadores mientras dure el permiso por maternidad y adopción; aunque no contempla nada para el permiso de paternidad, probablemente porque no será necesaria la formación del padre por la corta duración de la licencia.

No obstante, el CC para el personal laboral de la Administración General del Estado señala que durante la baja por maternidad, paternidad o riesgo por embarazo se podrá recibir formación; el CC incluye a los padres en la formación. Aunque seguramente tenga poco éxito ese ofrecimiento, excepto, en el caso de riesgo por embarazo. Una cosa es que durante una excedencia se pueda recibir esa formación y otra que durante el breve plazo que dura una maternidad o una paternidad y lo ocupado que se está, el trabajador o la trabajadora tengan tiempo y ganas de reciclarse. O, incluso, que sea necesario ese reciclaje. Aunque siendo de carácter voluntario es cierto que puede haber alguna trabajadora interesada. Parece que podría ser más interesante que esa formación se ofertara con ocasión de la reincorporación⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ CASTAÑO COLLADO, C. (investigadora principal) VVAA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. *Mujeres y poder empresarial en España*. Cit., pág. 120.

⁷⁹⁹ Art. 49 a) y b) EBEP.

⁸⁰⁰ DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”, (2010), Cit., pág. 28.

En este sentido, el ET dispone que durante el periodo en que la persona trabajadora permanezca en situación de excedencia tiene derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por la empresa, “especialmente con ocasión de su reincorporación”⁸⁰¹. Esta formación es esencial sobre todo si la excedencia ha sido larga para evitar su desprofesionalización, otra cosa es que la persona excedente quiera o pueda asistir a la formación por estar inmersa en la crianza o en los cuidados de un familiar dependiente.

Otra cuestión es la posibilidad que tienen de formarse las mujeres mientras trabajan y a la vez tienen responsabilidades familiares. El art. 23 del ET reconoce a las personas trabajadoras la posibilidad de “adaptar la jornada diaria” de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional y la “concesión de permisos” para la formación y el perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.

Dentro de estos permisos, está el permiso individual, que responde a la iniciativa de las personas trabajadoras de querer formarse con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal⁸⁰². Normalmente, esta formación es presencial, por tanto la concesión del permiso por parte de la empresa es fundamental para una persona con cargas familiares, pues fuera de su horario laboral tendrá más difícil realizar la formación.

El ET igualmente recoge el derecho a la “formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo”, formación que correrá a cargo de la empresa, siendo el tiempo destinado considerado como tiempo de trabajo efectivo⁸⁰³. Esta formación se realiza a través de las acciones formativas que son, tal y como las define el artículo 10 de la Orden TAS 2307/2007, las dirigidas a la adquisición y mejora de las competencias y cualificaciones profesionales de las personas trabajadoras⁸⁰⁴. Por

⁸⁰¹ Art. 46.3 ET.

⁸⁰² Según definición dada por el art. 12.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. (BOE, núm. 87 de 11 de Abril de 2007). “*El permiso individual de formación es el que la empresa autoriza a un trabajador para la realización de una acción formativa que esté reconocida mediante una acreditación oficial, incluida la correspondiente a los títulos y certificados de profesionalidad que constituyen la oferta formativa del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal*”.

⁸⁰³ Art. 23.1 d) ET.

⁸⁰⁴ Art. 10 Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo en

otro lado, el artículo 12.2 del RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, establece que dichas acciones deben siempre guardar relación con la actividad de la empresa a diferencia de lo que ocurre con los permisos individuales. Es decir, se trata de formación destinada a mejorar el desarrollo del trabajo realizado en cada puesto. La empresa es quien, de acuerdo con sus necesidades específicas, organizará y gestionará la formación, eligiendo sus contenidos, las fechas y la modalidad más adecuada para los fines que persigue⁸⁰⁵.

Dentro de las modalidades formativas elegidas por la empresa la formación online se presenta como la más adecuada para trabajadores con cargas familiares. Pues si las acciones formativas se desarrollan fuera de la jornada laboral estas personas tendrán más dificultades para realizarlas.

Por otra parte, si el número de plazas ofertadas por la empresa para los cursos de formación es limitado, es más probable que acceda a ella la empleada o empleado que trabaje a tiempo completo, pues la empresa podría premiar de esta manera su dedicación, y dejar fuera a las mujeres con reducción de jornada por cuidados.

El coste de esta formación lo asume la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación pudiendo bonificarla a través de los Seguros Sociales, por tanto, con toda seguridad la empresa llamará a realizar esta formación a las personas de la plantilla que estén activas y por las que cotiza a la Seguridad Social para que la formación no le supone ningún coste económico, y no a las personas que estén en excedencia.

En cuanto al nivel de participación en las acciones formativas de hombres y mujeres, si es más alto el nivel de participación masculino dentro de la empresa, podría deberse a que la formación se dirige a ocupaciones masculinizadas, o porque se imparte en horarios y/o lugares que dificultan la conciliación. En este sentido, es la negociación

materia de formación de demanda y su financiación, y se crea el correspondiente sistema telemático, así como los ficheros de datos personales de titularidad del Servicio Público de Empleo Estatal. (BOE, núm. 182 de 31 de Julio de 2007).

⁸⁰⁵ BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La conciliación de la vida familiar y las acciones formativas: ¿es posible formarse, prestar servicios en una empresa y atender a las obligaciones familiares?”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo VVAA*. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo. Pág. 83.

colectiva quien debe pactar los términos para el ejercicio de estos derechos, acomodándose a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo⁸⁰⁶.

Asimismo, las personas trabajadoras con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, y acumulables por un periodo de hasta cinco años. Así, si la trabajadora con responsabilidades familiares, a los 5 años no ha hecho efectiva la formación tendrá un crédito de 100 horas retribuidas. Además, la concreción del modo de disfrute del permiso, en defecto de lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, se fijará de mutuo acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa⁸⁰⁷. Esta posibilidad de mutuo acuerdo permitirá a la mujer con responsabilidades familiares negociar con la empresa un horario adecuado a su situación personal.

De otra parte está “la formación permanente” que es aquella impuesta por normas administrativas, como por ejemplo la formación en prevención de riesgos laborales. Su obligatoriedad se extiende a toda la plantilla de la empresa y no es una formación destinada a la empleabilidad y promoción sino una acción necesaria para poder realizar su actividad laboral. Por ello debe tenerse en cuenta las responsabilidades familiares, para no celebrar dicha formación fuera del horario laboral.

4.5. La brecha salarial por la maternidad

En la brecha salarial de género repercute que en las parejas cuando se enfrentan a tener que conciliar profesión y crianza, sean las mujeres quienes deciden hacerlo. Cuando las mujeres, aunque sea por una elección personal, acceden a la fórmula de la reducción de jornada o la excedencia para atender a familiares, esta decisión va ligada a una reducción salarial, en el caso del trabajo a tiempo parcial, y a la pérdida total de remuneración, en el supuesto de la excedencia. También cuando una mujer renuncia a un ascenso porque este significa más dedicación horaria al trabajo y menos a la familia, está renunciando a un aumento salarial. Todas estas situaciones representan una

⁸⁰⁶ Art. 23.2 ET.

⁸⁰⁷ Art 23.3 ET.

disminución de su poder adquisitivo, lo que supone la pérdida de independencia económica y personal para ellas, así como el aumento de la brecha salarial entre mujeres y hombres.

En un informe elaborado por UGT y la Universidad Complutense de Madrid se analizan una muestra significativa de convenios colectivos con la finalidad de examinar el tratamiento dado por los mismos a estructuras, componentes salariales y retributivos causantes de la brecha salarial entre mujeres y hombres. El estudio, parte de la constatación de que la negociación colectiva es un instrumento del que, voluntaria o involuntariamente, derivan consecuencias o efectos negativos para la igualdad de género, siendo al mismo tiempo un instrumento preventivo y corrector de primer orden de dichos efectos negativos y, por tanto, de la brecha salarial discriminatoria⁸⁰⁸.

En lo que respecta a en qué medida afectan las responsabilidades familiares en el salario de las mujeres, según este estudio, los complementos salariales de nocturnidad, festivos, sábados y domingos, se corresponden con la prestación de servicios durante los días de la semana que pueden encerrar mayores dificultades para la conciliación entre la vida familiar y la profesional, por lo que encierran un potente impacto adverso desde el punto de vista de la igualdad retributiva de género. Asimismo, estos complementos son los que mayor peso tienen en los convenios analizados, tanto por la frecuencia de su aparición como porque, con carácter general, se les asigna una mayor cuantía⁸⁰⁹.

Por otra parte, la regulación de la retribución en función de si se trabaja a tiempo parcial o completo, con contrato temporal o indefinido, constituye igualmente un factor que repercute negativamente sobre la brecha salarial en cuanto se asignan menores valores a las horas de trabajo realizadas bajo contratos a tiempo parcial o temporales⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ CASAS BAAMONTE, MARÍA EMILIA (DIRECTORA), AAVV: Menéndez Calvo, Remedios; Quintanilla Navarro, Beatriz; Serrano García, Juana María: “Herramientas para combatir la brecha salarial”. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial. Septiembre 2015. Universidad Complutense de Madrid. Edita: UGT-Comisión Ejecutiva Confederal. Pág. 9. http://www.ugt.es/Publicaciones/INFORME%20INVESTIGACION%20BRECHA%20SALARIAL_UGT.pdf. Consultado el día 04-01-2016.

⁸⁰⁹ CASAS BAAMONTE, MARÍA EMILIA (DIRECTORA), AAVV: Menéndez Calvo, Remedios; Quintanilla Navarro, Beatriz; Serrano García, Juana María: “Herramientas para combatir la brecha salarial”. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial. Cit. Págs.105-106.

⁸¹⁰ CASAS BAAMONTE, MARÍA EMILIA (DIRECTORA), AAVV: Menéndez Calvo, Remedios; Quintanilla Navarro, Beatriz; Serrano García, Juana María: “Herramientas para combatir la brecha salarial”. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial. Cit. Pág. 105.

Que incide directamente en el empleo femenino que es el más afectado por la parcialidad y la temporalidad.

Otro factor determinante de la desigualdad salarial entre hombres y mujeres es la segregación vertical. Las mujeres ocupan los puestos más bajos en la estructura de la plantilla de las empresas. El ET contempla que *“la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres”*⁸¹¹. Por tanto sería discriminatorio posicionar a las mujeres en grupos profesionales donde su retribución es más baja. Sin embargo, las mujeres se incorporan en mayor proporción y se mantienen más tiempo en encuadramientos profesionales con retribuciones más bajas⁸¹².

Destaca este informe la difícil y, hasta la fecha, poco fructífera conciliación entre la vida familiar y la profesional desde el punto de vista retributivo. Concluye afirmando la necesidad de estimular la información, formación, especialización y, en todo caso, sensibilización sobre cuestiones de género de quienes llevan a cabo la negociación de los convenios colectivos, así como, de quienes prestan apoyo o asesoramiento en esa negociación⁸¹³.

Por otra parte, algunas mujeres acceden a trabajos menos cualificados con una remuneración baja, o a trabajar en la Administración Pública porque en estos trabajos es más fácil hacer uso de las medidas de conciliación. Aunque estas situaciones sean el resultado de una elección personal, las tradiciones y los estereotipos pueden influenciar en la elección de estudios y, por consiguiente de las carreras profesionales que van a desarrollar, eligiendo profesiones menos valoradas y peor pagadas, pero más compatibles con la crianza.

⁸¹¹ Art. 22.3 ET.

⁸¹² CASAS BAAMONTE, MARÍA EMILIA (DIRECTORA), AAVV: Menéndez Calvo, Remedios; Quintanilla Navarro, Beatriz; Serrano García, Juana María: “Herramientas para combatir la brecha salarial”. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial. Cit. Pág. 104.

⁸¹³ CASAS BAAMONTE, MARÍA EMILIA (DIRECTORA), AAVV: Menéndez Calvo, Remedios; Quintanilla Navarro, Beatriz; Serrano García, Juana María: “Herramientas para combatir la brecha salarial”. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial. Cit. Pág. 107.

A pesar del mandato legal del art. 28 ET de igualdad salarial sin discriminación por razón de sexo⁸¹⁴, se mantiene la brecha salarial en nuestro país. En lo referente a la brecha salarial a consecuencia de la maternidad, la OIT a elaborado un Informe sobre desigualdad salarial titulado “Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015: Salarios y desigualdad de ingresos”; donde mide la disparidad salarial basada en la maternidad, siendo esta determinada al medir la diferencia entre los salarios de las mujeres “las madres” y “las no madres”. Se trata de una medida diferente a la brecha de género que mide la diferencia salarial entre ambos sexos.

Según la OIT, a nivel mundial, esta disparidad aumenta en función de la cantidad de hijos o hijas de una mujer. En muchos países europeos, tener un hijo o hija tiene un efecto negativo reducido, pero las madres que tienen dos, y en especial las que tienen tres, sufren una penalización salarial apreciable. Entre países, varía el hecho de que la penalización salarial ligada a la maternidad sea un hecho aislado o se acumule en el tiempo. Por ejemplo, en algunos países se observa que las madres que atribuyen mucha importancia a su trabajo registran una reducción del salario inmediatamente al reincorporarse al empleo, pero rápidamente vuelven al nivel de las no madres. En síntesis, si bien la disparidad basada en la maternidad parece universal, la magnitud del efecto maternidad sobre los salarios varía de un país a otro⁸¹⁵.

Las explicaciones sobre los motivos de la disparidad salarial basada en la maternidad surgen desde diferentes marcos analíticos: un planteamiento económico, sociológico y comparativo institucional⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Art. 28 ET: “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

⁸¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015. Salarios y desigualdad de ingresos. Ginebra, 2015. Pág. 52.

⁸¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015. Salarios y desigualdad de ingresos. Cit., págs. 52-53.

En un *planteamiento económico* se pone de relieve:

a) La merma del capital humano o de conocimientos derivada de interrupciones laborales o de reducciones del tiempo de trabajo, y la posible pérdida de propensión a capacitarse o a ocupar cargos mejor remunerados y con más responsabilidades.

b) El empleo en puestos de trabajo favorables a la vida familiar, como el empleo a tiempo parcial, que por lo general no están bien remunerados.

Un *planteamiento sociológico* pone de relieve que

a) En las decisiones en materia de contratación y promoción, las empresas pueden estar condicionadas por presunciones estereotipadas sobre la carga que representa la familia sobre el tiempo y la energía de la madre.

En resumen, el informe de la OIT determina que, la magnitud de la disparidad salarial basada en la maternidad depende de la composición de las leyes, políticas y medidas en materia de conciliación del trabajo y la familia, las instituciones del mercado de trabajo, los estereotipos de género y las expectativas sociales en un país determinado.

5. Las carreras de seguro de las mujeres y su incidencia en el acceso a pensiones y prestaciones

Que las mujeres no participen en igualdad de condiciones que los hombres en el mercado de trabajo, hace que la protección que les dispensa la Seguridad Social sea de menor intensidad, al estar condicionadas las prestaciones-pensiones del sistema por la cotización previa.

Tradicionalmente se ha legislado conforme al modelo de trabajador-hombre que cotiza a la Seguridad Social y tiene la protección de esta ante cualquier contingencia (enfermedad, desempleo, incapacidad, jubilación). Quedando la mujer del trabajador, si no trabajaba, relegada a acceder a los derechos derivados del trabajo de este (pensión de viudedad). Y el caso especial de la mujer del trabajador autónomo, que trabajaba en el negocio familiar, pero sin cotizar al RETA, que no tenía derecho a pensión aunque hubiese trabajado los mismos años en el negocio familiar que su marido, que por el contrario al ser el titular del negocio si estará afiliado y cotizando y tendrá derecho a una pensión.

b) La insuficiente disponibilidad o asequibilidad de guarderías y de otras medidas de conciliación del trabajo y la familia.

c) Las ocupaciones y los empleos donde predominan las mujeres suelen tener menor retribución que aquellas con predominio masculino, debido a la infravaloración del trabajo de la mujer.

Un planteamiento comparativo institucional revela que

a) Los países ofrecen posibilidades muy diferentes para que las madres puedan acceder a puestos de trabajo mejor remunerados (provisión de guarderías; licencia de maternidad y de paternidad).

b) El sistema de impuestos de un país puede conceder ventajas fiscales a las madres consideradas económicamente dependientes.

c) La magnitud de la disparidad salarial basada en la maternidad varía en función del nivel de desigualdad de toda la estructura salarial de un país.

d) El contexto cultural y familiar importa, en especial en los países cuyas intervenciones de la política están menos desarrolladas.

e) La disparidad de la aplicación de la reglamentación; es decir, cuando se disponen políticas de protección o de no discriminación, pero no se aplican ni se observan; por ejemplo, en el sector informal, o en fórmulas de empleo irregular en el sector formal.

Posteriormente con la incorporación de la mujer al mercado laboral se presentan dos situaciones diferentes:

Primera. La mujer trabaja algunos periodos de tiempo interrumpidos por su dedicación a la crianza, pero no suficientes para generar una pensión contributiva. O cuando tras la crianza se quieren incorporar al mercado laboral y no encuentran un empleo de calidad, sobre todo a partir de una cierta edad, lo que las condena al trabajo precario, al trabajo en la economía sumergida o al desempleo, o a la exclusión social⁸¹⁷. Esta situación la relegaba a cobrar pensiones como las del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) cuyo importe para el año 2016 es de 407 euros mensuales⁸¹⁸. O las pensiones no contributivas de invalidez o jubilación, que para el año 2016 ascienden a 367,90 euros⁸¹⁹.

Segunda. La mujer trabaja ininterrumpidamente o con interrupciones muy cortas pudiendo tener una carrera de seguro extensa que le dará derecho al acceso a las pensiones contributivas.

A pesar de su incorporación laboral, las mujeres, siendo minoría en la percepción de pensiones de jubilación, pensiones de incapacidad, prestaciones por desempleo, etc., mientras que son mayoría en la percepción de las pensiones de viudedad y las prestaciones no contributivas. También son mayoría entre las personas beneficiarias de cuantías mínimas y complementos a mínimos⁸²⁰.

A fecha 1 de noviembre de 2015 se contabilizaron 3.584.801 hombres que cobraron la “pensión de jubilación” en todos los regímenes del Sistema de la Seguridad Social frente a 2.093.557 de mujeres. En relación a la cuantía de las pensiones de jubilación, la de las mujeres sigue siendo inferior a la de los hombres, así la pensión

⁸¹⁷ En este sentido, puede verse, GARCÍA ROMERO, B.: “La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”. *Revista Documentación Laboral*, núm. 104, Vol. II, 2015, págs. 47-69.

⁸¹⁸ Art. 46.1 Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

⁸¹⁹ Art. 17.1 Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016. (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2015).

⁸²⁰ UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). “Informe sobre Igualdad Salarial”. Secretaría Confederal para la Igualdad–Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora. 22 de febrero de 2011, pág. 16.

media del total de regímenes del sistema en los hombres es de 1.195,72 € y en las mujeres de 741,32 €. Es significativo también que se contabilizarán 607.364 hombres que cobraron “la pensión por incapacidad permanente” frente a 327.686 mujeres. En esta pensión también la cuantía es inferior en las mujeres, siendo la pensión media de IP en el total de los regímenes del sistema de S.S. de 987,71 € en los hombres y 808,30 € en las mujeres. Por el contrario, el número de pensionistas de viudedad es de 175.566 hombres frente a 2.182.099 de mujeres. Y la cuantía media de la pensión de viudedad en el total de regímenes es de 478,89 € hombres y 644,74 € la de las mujeres⁸²¹. Se puede afirmar que a fecha 1 de noviembre de 2015 existe una brecha de género en España en “la pensión de jubilación de un 38% y en la pensión de incapacidad permanente de un 18,16%”.

Esta diferencia entre sexos estriba principalmente en una peor inserción laboral femenina que se traduce en un menor salario y por lo tanto menor cotización, junto con las interrupciones en su carrera de cotización derivadas de los cuidados familiares. Además, muchas de las mujeres que se han jubilado ya -o se están jubilando en este momento- vivieron en una época en las que se las obligaba a dejar su puesto de trabajo tras contraer matrimonio. Algunas ocuparon puestos de trabajo de baja cualificación como limpiadoras o empleadas del servicio doméstico. En muchos casos ocuparon puestos en trabajos de la economía sumergida por los que nunca cotizaron. Pocas son las que pudieron desarrollar una vida profesional plena⁸²².

Ante esta situación, “la OCDE, en su informe global de 2013, alerta del riesgo de pobreza de quienes en un futuro serán pensionistas, una pobreza cuya cara más visible es su feminización. Las mujeres tienen una esperanza de vida superior en cinco años a la de los varones, lo que conlleva un aumento de mujeres que viven solas que cuentan con unas bajas prestaciones y, en consecuencia, sufren una notable disminución de su calidad de vida. Muchas mayores no percibirán una pensión que les permitan el acceso a un nivel mínimo de calidad de vida”⁸²³. Pero no solo en un futuro, “actualmente 116 millones de personas viven por debajo del umbral de la pobreza en la UE, cifra que

⁸²¹ SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Datos estadísticos de la Seguridad Social a fecha 1 de noviembre de 2015. www.seg-social.es. Consultados el día 6-1-2016.

⁸²² MARTÍNEZ LÓPEZ, A.: “Y qué ocurre en las pensiones”. *Revista trabajadora*54, núm. 54, IV época, septiembre de 2015, Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO. www.ccoo.es/mujeres, consultado el día 15-09-2015, pág. 22.

⁸²³ MARTÍNEZ LÓPEZ, A.: “Y qué ocurre en las pensiones”. Cit., pág. 22.

representa el 23% de la población total e incluye una gran parte de mujeres, niños y niñas⁸²⁴.

6. Las acciones positivas como medidas paliativas de los efectos negativos de la maternidad en las prestaciones y pensiones de las mujeres

Para evitar los efectos negativos de las medidas de conciliación, en particular y de la maternidad en general en las futuras prestaciones y pensiones de las mujeres, se establecen una serie de medidas denominadas “acciones positivas”. Estas acciones pretenden eliminar las desigualdades que históricamente sufren las mujeres como consecuencia de los roles y estereotipos de género impuestos por la sociedad, y compensar estas desigualdades de hecho derivadas del cuidado familiar y que repercuten negativamente en su carrera de cotización.

La LOI define y justifica las acciones positivas en su artículo 11.1: “*Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso*”. Además en su apartado segundo añade que también las personas físicas y jurídicas privadas, (como las empresas), podrán adoptar este tipo de medidas.

La acción positiva se crea como una medida de carácter temporal. Sólo será aplicable hasta que se consigan superar las desigualdades en la situación de mujeres y hombres ante el mercado de trabajo o cualquier otro escenario. También denominadas como medidas de discriminación positiva. Aunque “la idea básica de las medidas de discriminación positiva no es otra que la corrección, mediante la desigualdad normativa, de las consecuencias desfavorables que se derivan de la aplicación de una normativa que garantiza la igualdad formal pero que no puede corregir, sin medidas adicionales, la

⁸²⁴ GARCÍA ROMERO, B.: “Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesidad de reordenación del nivel no contributivo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, pág. 67.

desigualdad real”⁸²⁵. La discriminación positiva es una medida encaminada a privilegiar a quien integra un grupo o colectivo desfavorecido, al beneficiar a los miembros de ese grupo, se perjudica a otras personas (como por ejemplo, bonificación a la contratación únicamente de mujeres). Mientras que las medidas de acción positiva actúan habitualmente sobre “el punto de partida” eliminando los obstáculos para el igual ejercicio de los derechos -las mujeres parten de una situación desigual a la hora de percibir una pensión de jubilación frente a los hombres debido a su menor carrera de cotización-. Mientras que la discriminación positiva afecta al “punto de llegada”, ya que persigue y garantiza un resultado concreto.

Por otra parte, hay que evitar utilizar para designar una acción positiva las expresiones “discriminación positiva” o “discriminación inversa”, porque se estaría haciendo un uso equivocado del lenguaje; pues la definición de discriminar es dar un trato desigual a una persona o colectividad, en este caso, por razón de sexo⁸²⁶; cuando precisamente lo que pretende una medida de acción positiva es acabar con la discriminación por razón de sexo. Además tiene connotaciones peyorativas que pueden llevar a considerar la acción positiva como una “ventaja”, “favoritismo” “o tratos de favor” hacia las mujeres.

Tampoco es una acción protectora, conceptualarla así conllevaría considerarla una medida paternalista que busca brindar protección a la mujer por ser más débil o estar más desvalida. Pese a la buena voluntad de la medida sus efectos y consecuencias serían nefastas para la empleabilidad de las mujeres y la igualdad de trato entre mujeres y hombres. Hemos tenido ejemplos de medidas de este tipo en nuestra legislación como la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres, el trabajo en minas o en aquellas tareas que suponen un esfuerzo físico.

⁸²⁵ VICENTE PALACIO, A: “En busca de la igualdad material de las mujeres: Igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 25, 2011, Universidad del País Vasco, pág. 200.

⁸²⁶ Según definición del diccionario de la lengua española, discriminar es “es dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.”. www.rae.es. Consultado el día 15-04-2016.

6.1. Períodos de cotización efectiva

Los períodos de cotización efectiva, también llamadas “cotizaciones ficticias”, fueron introducidas por la LOI.

Una de ellas es que si estando la persona trabajadora suspendida por maternidad o paternidad, se extingue su contrato, o si estando cobrando la prestación por desempleo se inicia el permiso (por maternidad/paternidad); el tiempo que reste hasta finalizar la licencia será considerado como cotizado⁸²⁷. Anteriormente a la LOI se preveía el mantenimiento del derecho a la prestación por maternidad, pero no se aseguraba la cotización correspondiente a futuras prestaciones, lo que corrige el art. 124.6 LGSS (anterior). Igualmente corrige la falta de cotización durante la prestación de maternidad/paternidad tras la extinción del contrato.

Con la LOI además se establecieron que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad⁸²⁸. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en los supuestos de reducción de jornada por cuidado directo de un familiar.

Y a efectos de la “prestación de desempleo” la LOI⁸²⁹ dispuso que en los supuestos de reducción de jornada por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de menor de 12 años o familiar; y por cuidado de persona menor enferma de cáncer u otra enfermedad grave; para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el

⁸²⁷ Art. 165, apartado 6 LGSS: “El período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”.

⁸²⁸ Art. 180.3 LGSS anterior y art. 237.3 LGSS nueva.

⁸²⁹ D.A. decimoctava en el apartado 13 LOI.

100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Si la situación legal de desempleo se produce estando el progenitor en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima de la prestación de desempleo se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada⁸³⁰.

Con anterioridad a la LOI se había pronunciado en este sentido en Auto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de octubre de 2005 (núm. 9258/03 y 6453/04). Este auto supuso un hito muy importante en el debate sobre la forma de cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los supuestos en que se recurría a la reducción de jornada prevista en el artículo 37.5 del ET. Y ello, por cuanto a través del mismo se presenta una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al considerarse que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 211.1 de la anterior LGSS y, en consecuencia, el cálculo de la BR de la citada prestación no sobre la base de la jornada completa sino de la reducida efectivamente prestada –criterio ratificado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 27 de octubre y 16 de noviembre de 2004- puede suponer una vulneración del artículo 14 de la CE en relación con su artículo 39, basándose para ello en el hecho notorio de que son las trabajadoras las que fundamentalmente se acogen al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijos e hijas o familiares⁸³¹.

Por otra parte, en los PGE para el año 2011⁸³², se introduce con efectos 1 de enero de ese mismo año y con carácter indefinido, que las cotizaciones realizadas durante los periodos de la “reducción de jornada para el cuidado de un menor afectado por cáncer, o por cualquier otra enfermedad grave”, igualmente se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el

⁸³⁰ Art. 270.6 LGSS nueva.

⁸³¹ GALA DURAN, C.: “De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares: ¿Es inconstitucional el art. 211.1 de la LGSS? Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de octubre de 2005”. *IUSLabor*, núm. 4, 2005, pág. 1.

⁸³² Disposición final vigésima primera Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal⁸³³. En este supuesto, se incluyen las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia, que no está cubierto en el caso de reducción por guarda legal de una persona menor de 12 años.

Asimismo, los tres años del “periodo de excedencia que las personas trabajadoras disfruten para atender el cuidado de hijos e hijas o menores acogidos”, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado el primer año del período de “excedencia por cuidado de otros familiares”⁸³⁴.

Por otra parte, cuando estas situaciones de excedencia hubieran estado precedidas por una de las reducciones de jornada vistas anteriormente, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo⁸³⁵.

Esta medida, incorporada como novedad por la LOI pretende evitar los efectos perjudiciales que supondría pasar de una situación de reducción de jornada con cotización reducida, a una situación de excedencia en la que el período considerado como cotizado se determinaría sobre esa base de cotización reducida. A tales efectos, se prevé que si se da este caso y existe una continuidad real entre ambas medidas en cuanto que los motivos que fundamentan una y otra son los mismos (cuidado de un hijo o hija como ejemplo más habitual), el período considerado como cotizado en la excedencia se calculará computando incrementada hasta el 100% la cuantía que hubiera correspondido si la jornada de trabajo no se hubiera reducido. En consecuencia, si los motivos que fundamentan una y otra medida no coinciden (la reducción de jornada la solicita el progenitor para cuidar de su hijo o hija y la excedencia para cuidar de otro familiar) esta medida no se aplicaría y salvo que la reducción no hubiera superado el plazo de los dos años el período de excedencia considerado como cotizado a los efectos de la excedencia

⁸³³ Art. 237.3 LGSS.

⁸³⁴ Art. 180.1 y 2 LGSS anterior y 237.1 y 2 LGSS nueva.

⁸³⁵ Art. 237.4 LGSS.

se calcularía teniendo en cuenta la base de cotización reducida, perjudicándose los derechos de Seguridad Social de dicho progenitor. Asimismo, esta última solución también resultaría aplicable en el supuesto en que la reducción se solicita para cuidar de un hijo o hija y tiempo después se pasa a la excedencia para cuidar de otro hijo o hija, por cuanto no coincidirían los “motivos” (término que cabe interpretar como mismo sujeto causante)⁸³⁶.

Por otra parte, el incremento de la cotización en estos supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijas o hijos, menores acogidos o familiares, también serán de aplicación al personal funcionario y estatutario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social⁸³⁷.

No cabe duda que las ficciones de cotización son un sistema útil para anular el perjuicio que sobre las carreras de seguro tiene la retirada de la mujer del mercado de trabajo, bien a través de la excedencia o mediante la extinción del contrato de trabajo, y además barato a corto plazo pues se trata de un derecho que tiene un plazo de efectividad diferido e incluso, en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad como es el caso de las carreras contributivas insuficientes para causar derecho a prestaciones incluso con las cotizaciones ficticias⁸³⁸.

Partiendo de la premisa de que las medidas de conciliación tienen una duración que pueden llegar como máximo a los 11 años de la reducción de jornada por guarda legal; en comparación con la vida laboral de una persona trabajadora (aproximadamente entre 35 y 40 años), este periodo tan corto de tiempo tiene mucha incidencia en la vida laboral de las mujeres, en especial, en su carrera de cotización, por ello la justificación de estas acciones positivas.

⁸³⁶ GALA DURÁN, C.: “Las “trampas” de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas” *RIDE (Revista interdisciplinar de estudios de género)*, núm. 01/11: 49-70 (diciembre de 2011). Departamento de Derecho Público y de Ciencias Histórico Jurídicas. Universitat Autònoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/rideg/rideg_a2011m12n1/rideg_a2011m12n1p49.pdf. Consultado el día 7-01-2016. Pág. 56.

⁸³⁷ DA 8ª del RD 295/2009, de 6 de marzo.

⁸³⁸ VICENTE PALACIO, A: “En busca de la igualdad material de las mujeres: Igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 223.

6.2. Períodos de cotización asimilados por parto

Otra medida de acción positiva que implanta la LOI⁸³⁹, son los períodos de cotización asimilados por parto, establecidos por esta norma mediante la DA 44^a en la anterior LGSS. Regulados en la nueva LGSS en el artículo 235 donde dispone que “*A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple*”.

El supuesto es el de una mujer que en el momento del parto no tiene la condición de trabajadora, bien por abandonar el mercado de trabajo durante el periodo de tiempo anterior al nacimiento del hijo o hija, o bien porque no busca empleo por atender su cuidado. Se trata de una discriminación positiva pues las beneficiarias de esta cotización ficticia son exclusivamente las mujeres, aunque sólo en el caso de maternidad biológica. No contempla la posibilidad del cuidado por parte del padre, ni el abandono del mercado laboral en caso de adopción. La LOI consideró que sería la mujer la que previsiblemente abandonaría el mercado laboral para hacerse cargo de la crianza.

6.3. Beneficios por cuidado de hijos, hijas o menores

Las acciones positivas han ido aumentando paulatinamente, así con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁸⁴⁰, que entró en vigor el 1-1-2013, se establecieron beneficios por cuidado de hijos, hijas o menores, a efecto de cotizaciones ficticias, en los siguientes términos: “*se computará como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya*

⁸³⁹ Apartado veintitrés de la disposición adicional decimoctava de la LOI.

⁸⁴⁰ Art. 9 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad social. Esta norma introduce una disposición adicional en la anterior LGSS, la sexagésima, titulada “*Beneficios por cuidado de hijos o menores*”. Actualmente viene regulada por el art. 236 de la nueva LGSS.

interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación”⁸⁴¹. Con esta medida se quiere compensar a las mujeres que durante el embarazo o durante los trámites de adopción o acogimiento, o tras la maternidad (hasta los 6 años posteriores) hayan perdido su empleo y tendrán dificultades para encontrar uno nuevo a consecuencia de la maternidad, para ello se les reconoce como días cotizados los periodos sin cotizaciones de manera que ese lapso de tiempo dedicado a la crianza no se considere en blanco a efectos de futuras prestaciones⁸⁴².

La duración inicial de este cómputo como periodo cotizado era de 112 días por cada hija o hijo o persona menor adoptada o acogida en el año 2013. Este período se incrementa anualmente, así para el año 2014 -138 días-, para 2015 -164 días-, para el 2016 -191 días-, para el 2017 -217 días-, para 2018 -243 días- y para el año 2019 y sucesivos -270 días-. El periodo computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días. Y no podrá ser mayor que la interrupción real de la cotización⁸⁴³. Además los periodos computables no podrán superar los cinco años por persona beneficiaria, cualquiera que sea el número de hijos o hijas. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, se reconocerá independientemente por cada hijo o hija el número de días. Cada hijo o hija dará lugar al cómputo de un nuevo periodo cotizado.

Por otra parte, los periodos computables en concepto de beneficios por cuidado de menores se aplicarán a todas las prestaciones, excepto a la prestación y subsidio por

⁸⁴¹ Art. 236 LGSS.

⁸⁴² GARCIA ROMERO, M.B.: “Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas”. *El derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la disciplina laboral*. VVAA. (Directoras) Cristina Sánchez-Rodas Navarro y Eva Garrido Pérez (2015) Ediciones Laborum, pág. 102.

⁸⁴³ Art. 6 Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. (BOE, núm. 314 de 31 de Diciembre de 2012). “*En ningún caso, el periodo computable puede ser mayor que la interrupción real de la cotización, por lo que no podrán computarse más días que los que hubieran correspondido de haber seguido en activo el trabajador o trabajadora. Por ello, si el número de días con lagunas de cotización, en el periodo afectado por la interrupción de la vida laboral como consecuencia del nacimiento, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente, es inferior al número de días que deben reconocerse, solamente se reconocerá un número de días equivalente a los días sin cotización*”.

desempleo, y a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido. Tampoco tendrán la consideración de asimilación al alta, a los efectos de poder causar otras prestaciones de la Seguridad Social⁸⁴⁴.

En el caso de la pensión de jubilación, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación, la duración del cómputo como periodo cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o hija o persona menor acogida⁸⁴⁵. Estos periodos computados como cotizados también se aplicarán a las jubilaciones anticipadas, a todos los efectos, excepto para reducir la edad de jubilación que corresponda y para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización. Los periodos se añadirán, a efectos de determinar la cuantía de la pensión, a los periodos que resulten cotizados como consecuencia de la aplicación de coeficientes reductores de la edad, en los supuestos de grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o se trate de personas con discapacidad⁸⁴⁶.

*“Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre”*⁸⁴⁷. Esta medida está dirigida tanto a madres como a padres, e incluye la adopción y el acogimiento, por lo que la cotización ficticia adquiere una dimensión neutra de compensación por ausencias por cuidados de los hijos o hijas, aunque favorece a la madre en caso de controversia entre la pareja.

Por otra parte, los beneficios del art. 235 LGSS (períodos de cotización asimilados por parto y del art. 236 LGSS (beneficios por cuidado de hijos, hijas o menores) son acumulativos, esto implica que por nacimiento, una madre tendrá derecho a la cotización ficticia y si cumple los requisitos a los beneficios por cuidado, sumará un total por hijo o hija de 224 días cotizados. Si no cumple los requisitos del art. 235 LGSS y si los del 236 LGSS, por ejemplo en caso de adopción, tendría únicamente 112 días cotizados.

⁸⁴⁴ Art. 6.4. RD 1716/2012, de 28 de diciembre.

⁸⁴⁵ Art. 6.4. RD 1716/2012, de 28 de diciembre.

⁸⁴⁶ Art. 6.5. RD 1716/2012, de 28 de diciembre.

⁸⁴⁷ D.A. 60ª anterior LGSS y art. 236.1 nueva LGSS.

Características de esta acción positiva:

a) Que no exista cotización los nueve meses anteriores al nacimiento o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento.

b) Que la falta de cotización se deba a la extinción de la relación laboral o la finalización del cobro del desempleo.

c) Se pueden beneficiar hombres y mujeres que hubieran tenido un hijo o hija por nacimiento o por adopción en un momento de interrupción de su carrera profesional.

c) En caso de conflicto se reconocerá a la madre. Serán en los supuestos de separación o divorcio donde con mayor posibilidad se dé, quienes legislaron la norma atribuyen el derecho a la madre, quizá porque consideran que en caso de separación de la pareja, es ella quien tendrá la custodia y por tanto asumirá la crianza.

d) Se requiere que la persona beneficiaria haya tenido la condición de trabajadora en un momento previo, mientras que para los periodos de cotización asimilados por parto no se requiere que la madre haya tenido la condición de trabajadora en ningún momento concreto.

e) Incrementa la duración contemplada para los periodos de cotización asimilados al parto (112 días), ya que va aumentando progresivamente el número de días.

6.4. Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida

Para no perjudicar a las mujeres que se ven obligadas a reducir su jornada para atender el cuidado de menores y familiares, la LOI incorporó una medida para regular el cálculo de las indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida. Así *“en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.6 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”*⁸⁴⁸.

La DA decimonovena del ET dispone cuál es su ámbito de cobertura al establecer que están incluidos los supuestos de reducción de jornada siguientes:

⁸⁴⁸ DA decimonovena ET.

a) En el caso de nacimiento de hijas e hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.

b) Quienes por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo alguna persona menor de doce años, con discapacidad, o un familiar, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad.

c) Para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, de persona menor a su cargo, afectada por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave.

d) Por el disfrute a tiempo parcial de las suspensiones por maternidad y paternidad

También incluye en su cobertura a las trabajadoras víctimas de violencia de género y a las personas víctimas del terrorismo, que para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tengan que recurrir a la reducción de la jornada de trabajo.

Frente al criterio general de que las indemnizaciones por despido deben calcularse conforme al salario percibido en el momento de la extinción, las indemnizaciones percibidas por las personas trabajadores con reducción de jornada por razones familiares no se calcularán conforme al salario reducido, sino de acuerdo con el correspondiente a su anterior jornada ordinaria. La jurisprudencia valoró la conexión de este derecho con el mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia, y en la medida en que esta finalidad “ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”⁸⁴⁹. Se considera que la reducción de jornada por guarda legal tan solo constituye una alteración transitoria de la relación contractual.

Esta práctica aporta seguridad jurídica en la aplicación de esta garantía económica, pues con anterioridad a la LOI la jurisprudencia tenía como criterio de salario de referencia para el cálculo de las indemnizaciones “la cuantía percibida antes de iniciar la reducción de jornada”, pero con esta medida se concreta que el salario a tener en cuenta será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada.

⁸⁴⁹ GARCIA RUBIO, M.A.: “La reducción de jornada por motivos familiares y su incidencia sobre los derechos económicos derivados de la extinción del contrato: el alcance de la D.A. 18º ET”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo VVAA*. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo. Págs. 179-180.

Con ello se pretende evitar los perjuicios económicos para las personas trabajadoras en general y en especial para las mujeres, que reducen su jornada por cuidados familiares. Puede suponer una motivación para las mujeres que no tendrán miedo de que en caso de despido su indemnización sea menor, e incluso pueden pensar que es rentable para ellas. También es útil para salvar las posibles reticencias de los hombres –que estadísticamente tienen una retribución mayor- para acogerse a una reducción de jornada.

Por otra parte, con esta medida también se evita que las empresas se sientan predispuestas a extinguir los contratos de las personas con jornada reducida por cuidados porque tienen un coste indemnizatorio más bajo en comparación con una persona que trabaja a tiempo completo. La LOI pretendía penalizar a las empresas que dificulten el ejercicio de los derechos de conciliación.

No obstante, esta medida también tiene una repercusión negativa en las mujeres –principales beneficiarias de esta acción positiva- pues las empresas pueden ver a las trabajadoras con responsabilidades familiares como empleadas que les generan un coste adicional, al tener que indemnizarlas por un importe mayor que a otra persona que trabaje a tiempo parcial por otras circunstancias.

6.5. Complemento por maternidad en las pensiones contributivas

El 5 de junio de 2015, el Consejo de Ministros presentó una propuesta para un complemento por maternidad en las pensiones de Jubilación, Viudedad e Incapacidad Permanente, con ella se quiere reconocer la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que compatibilizan su carrera laboral con la maternidad. La propuesta responde a una “cotización demográfica” que reconoce el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos e hijas en forma de un incentivo económico que contribuya a cerrar la brecha de género a la hora de generar

pensiones⁸⁵⁰. Además pretende dar cumplimiento a la Recomendación 17 del Pacto de Toledo⁸⁵¹.

Esta acción positiva se materializa con la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016⁸⁵², hoy recogida en el artículo 60 LGSS con el título “Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”. Donde dispone que: *“Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.*

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.*
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.*
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento”*

El porcentaje adicional de la pensión contributiva que se propone para las mujeres aumenta progresivamente en función del número de hijos o hijas. Una vez calculada la pensión de acuerdo a las reglas de cálculo para cada prestación, se aplica el porcentaje correspondiente en función del número de descendientes. El resultado será el importe de la pensión incrementado en esa cantidad. Este complemento se dirige especialmente a

⁸⁵⁰ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Gabinete de Comunicación, nota de prensa del día 5 de junio de 2015. “El Gobierno apuesta por reconocer la contribución demográfica de las madres trabajadoras”, pág. 2. <http://prensa.empleo.gob.es/>. Consultada el día 28-09-2015.

⁸⁵¹ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Gabinete de Comunicación, nota de prensa del día 30 de junio de 2015. “Tomás Burgos: La importante brecha de prestaciones entre hombres y mujeres ha de cerrarse sin renunciar a la natalidad”, págs. 1- 2. <http://prensa.empleo.gob.es/>. Consultada el día 28-09-2015. El responsable de las pensiones, el secretario de Estado de la Seguridad social compareció el día 30 de junio de 2015 ante la Comisión para el seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, y plantea que esta propuesta da cumplimiento a la Recomendación 17 del vigente Informe del Pacto de Toledo en la que se recoge: “La Comisión reclama el impulso de los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización”.

⁸⁵² Disposición final segunda Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. En esta disposición modifica la anterior LGSS para añadir un nuevo artículo el 50 bis.

las mujeres con carreras de cotización suficientes para generar una pensión, es decir, mujeres trabajadoras y con residencia continuada en España.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite máximo establecido para las pensiones sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50% del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite máximo establecido aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho a percibir el 50% de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento⁸⁵³.

Si por el contrario, la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas para los complementos para pensiones inferiores a la mínima. A este importe se sumará el complemento por hijo o hija, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada⁸⁵⁴.

Por otra parte, este complemento no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial. No obstante, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que corresponda⁸⁵⁵.

Y en el caso de concurrencia de pensiones del sistema de la S.S., se reconocerá el complemento solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: en primer lugar, a la pensión que resulte más favorable y en segundo, si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la de jubilación⁸⁵⁶.

⁸⁵³ Art. 60.2 LGSS.

⁸⁵⁴ Art. 60.3 LGSS.

⁸⁵⁵ Art. 60.4 LGSS.

⁸⁵⁶ Art. 60.5 LGSS.

En el supuesto de que la suma de las pensiones reconocidas supere el límite máximo establecido sin aplicar el complemento, la suma de las pensiones y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de las pensiones reconocidas alcanza el límite establecido aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento⁸⁵⁷.

Según la DF 3ª de la LPGE⁸⁵⁸: *“El complemento por aportación demográfica a la Seguridad Social, será aplicable, a las pensiones contributivas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer”*.

No obstante, este complemento del que se van a beneficiar las españolas a partir del año 2016 tiene sus pros y contras para las mujeres:

A FAVOR: Mejorará las pensiones de una parte de las futuras pensionistas.

EN CONTRA: Solo beneficia a algunas mujeres, pues las que no acrediten cotización suficiente para tener derecho a una pensión no les afectará al no cobrar pensión alguna. Además afecta a las mujeres que han sido madres de dos hijos o hijas o más, y deja fuera a las que han tenido un solo descendiente, como si tener uno solo no perjudicara igualmente la carrera profesional de una mujer de cara a su futura pensión.

A FAVOR: Sirve para reducir la brecha de género en las pensiones.

EN CONTRA: Es una medida incompleta que debería ir acompañada de otras igualmente necesarias para eliminar la brecha de género en las pensiones, tales como acciones que consigan acabar con las diferencias de género en el mercado de trabajo (la brecha salarial, la feminización del contrato a tiempo parcial, la dificultad de las mujeres para acceder a la promoción profesional, la interrupción de la vida laboral a causa de la maternidad, etc.), que son las causas principales de que las madres

⁸⁵⁷ Art. 60.5 LGSS.

⁸⁵⁸ Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

trabajadoras tengan una base reguladora inferior sobre la que se calculará sus futuras pensiones.

A FAVOR: Puede contribuir a mejorar nuestra bajísima tasa de natalidad.

EN CONTRA: Sin embargo, probablemente las mujeres españolas estarían más motivadas para tener descendencia si se les ayudará también en el momento en que la tienen con ayudas familiares, con plazas suficientes y gratuitas en centros escolares públicos para criaturas de 0-3 años y medidas “efectivas” de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

A FAVOR: Reconoce el valor social de la maternidad y la contribución demográfica de las mujeres como un factor esencial en la continuidad del sistema. Hasta ahora solo se han valorado las aportaciones económicas a través de las cotizaciones sociales, con esta medida se valoran las aportaciones de las mujeres en forma de hijos e hijas al sistema como una especie de cotización a la Seguridad Social.

EN CONTRA: Se perpetúan los roles de género al ser las mujeres la únicas beneficiarias de este complemento. La sociedad puede interpretar que es a ellas a quienes les corresponden únicamente las labores de la crianza. Para evitar esto, a la par de esta medida se debería incorporar otra que aunque no sea de índole laboral es igualmente necesaria, como es incorporar en nuestro sistema educativo “la coeducación”, educar en igualdad, para que no se siga atribuyendo a la mujer la responsabilidad en la crianza y en el cuidado de familiares. En definitiva educar a nuestros menores para que en el futuro cuando sean personas adultas compartan las tareas de los cuidados entre ambos sexos.

No obstante, a pesar de sus puntos negativos es una medida justa y necesaria para compensar las renunciaciones laborales de las mujeres trabajadoras cuando son madres. Por otra parte, con esta medida España se equipara a otros países con medidas similares como Francia (complemento del 10% en la pensión de jubilación y viudedad por haber tenido 3 o más hijos o hijas), Luxemburgo (prestación “Forfait d’éducation” que se concede al padre, a la madre o a la persona que lo sustituye y puede añadirse a la pensión de jubilación) o Alemania (reconoce a todas las madres los periodos por

educación de hijos o hijas como periodos obligatorios de cotización, con independencia de que hayan o no cotizado en algún momento de su vida)⁸⁵⁹.

7. El efecto negativo de las medidas de conciliación en las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social

Aun existiendo las acciones positivas, acogerse a algunas de las medidas de conciliación tiene consecuencias negativas que repercuten en el acceso a determinadas prestaciones y pensiones de la Seguridad Social. Consecuencias negativas que afectan al conjunto de personas trabajadoras, tanto de la empresa pública como privada, tanto si trata de hombres como de mujeres, aunque, tienen una mayor trascendencia en el caso de las mujeres.

Las medidas de conciliación que no tendrán ninguna incidencia en las futuras prestaciones y pensiones son:

a) Los permisos por maternidad y paternidad que cotizan al sistema de Seguridad Social, lo que implica que el uso de los mismos no comporta una merma de derechos en materia de Seguridad Social para quienes los disfrutan.

b) La excedencia por cuidado de hijos o hijas, en la que los tres años de duración computan como cotización efectiva a efectos de prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad según el art. 237.1 LGSS⁸⁶⁰, por tanto no se verán afectados los progenitores por el uso de la excedencia, ni a efectos de cumplir el requisito mínimo de cotización para acceder a la prestación, ni a efectos del cálculo de la BR.

c) La reducción de jornada para cuidado de un hijo o hija afectada de cáncer, o por cualquier otra enfermedad grave; pues se computan incrementadas las cotizaciones hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones de

⁸⁵⁹ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Gabinete de Comunicación, nota de prensa del día 5 de junio de 2015. “El Gobierno apuesta por reconocer la contribución demográfica de las madres trabajadoras”. Complemento a la noticia, pág. 13. <http://prensa.empleo.gob.es/>. Consultada el día 28-09-2915.

⁸⁶⁰ Art. 237.1 LGSS. “Los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”.

jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, e incapacidad temporal, lo que no tendrá ninguna incidencia en ninguna prestación⁸⁶¹.

No obstante, el disfrute del resto de medidas de conciliación si afectan a las prestaciones y pensiones de la Seguridad Social, por ello a continuación se valora en qué medida lo hacen en cada una de ellas.

7.1. En la prestación por maternidad y paternidad

a) En la “excedencia por cuidado de familiares”, únicamente el primer año computa como cotizado a efectos de las prestaciones por maternidad y paternidad⁸⁶², por tanto, si se disfruta totalmente la excedencia, a partir del segundo año, el tiempo de la misma no computa como cotizado a efectos de prestaciones. Sin embargo, no afectará al requisito de carencia pues el período “máximo” que se exigen en ambas prestaciones es 360 días a lo largo de toda la vida laboral⁸⁶³, periodo que ya estaría cubierto con las cotizaciones ficticias del primer año, más el tiempo que anteriormente hubiese trabajado y cotizado. Tampoco influye a efectos del cálculo de la BR pues se tiene en cuenta la

⁸⁶¹ Art. 237.3 párrafo 2º LGSS. “Las cotizaciones realizadas durante los periodos en que se reduce la jornada según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal”.

⁸⁶² Art. 237.2 LGSS. “De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del periodo de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida”.

⁸⁶³ En el caso de la prestación por maternidad, el Art. 5 b) RD 295/2009, de 6 de marzo: “Si el trabajador tiene cumplidos 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha”.

En el caso de la prestación por paternidad, Art. 23.1 RD 295/2009, de 6 de marzo: “Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo III, que disfruten del periodo de suspensión o del permiso, a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de la Seguridad Social, acrediten un periodo mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o permiso, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha”.

correspondiente al mes anterior al inicio de la suspensión por maternidad-paternidad o, de haberse iniciado la actividad laboral ese mismo mes, la correspondiente a ese mes⁸⁶⁴.

b) En el supuesto de la “reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas” las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años de la reducción se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin reducción la jornada de trabajo a efectos de las prestaciones de maternidad y paternidad⁸⁶⁵. Si durante esos dos primeros años se causa derecho a una prestación por maternidad o paternidad, esta computará por la BR correspondiente a la jornada completa. Sin embargo, si estando con la jornada reducida -a partir del segundo año y hasta que la persona menor cumpla doce años-, se produce un nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, el progenitor accederá a la prestación por maternidad y paternidad (según sea el caso) desde la BC de su jornada reducida, lo que le afectará económicamente en el subsidio.

c) En el caso de “reducción de jornada por cuidado directo de un familiar” dicho incremento es únicamente para el primer año⁸⁶⁶, por tanto, el segundo año de reducción de jornada para cuidar de un familiar, tendrá los mismos efectos negativos que en el caso de reducción de jornada por cuidado de un menor y se calculara la BR sobre la jornada reducida.

7.2. En la prestación por incapacidad temporal

Para acceder a la prestación por IT el progenitor debe tener cubierto un periodo mínimo de cotización, en caso de enfermedad común, de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante⁸⁶⁷ aunque el periodo de carencia es muy pequeño, puede verse afectado por las medidas de conciliación:

⁸⁶⁴ Art. 13. Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

⁸⁶⁵ Art. 237.3 párrafo 1º LGSS. “Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 37.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1.”

⁸⁶⁶ Art. 237.3 párrafo 1º LGSS. “Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el segundo párrafo del mencionado artículo”

⁸⁶⁷ Artículo 172 LGSS. Serán beneficiarias del subsidio por incapacidad temporal las que acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) La “excedencia por cuidado de hijos o hijas y de familiares”. Quizás es en este supuesto, donde los efectos son mayores, pues en caso de IT no se computa como cotizado ningún período de la excedencia a efectos de cumplir con el período de carencia⁸⁶⁸. Sin embargo, si la excedencia es por cuidado de hijos o hijas, el progenitor tendrá cubierto el período de cotización exigido, pues habrá cotizado como poco durante el embarazo más el periodo de licencia maternal. A pesar del corto período de cotización exigido, la excedencia podría tener consecuencias negativas cuando la persona solicitante de la prestación por IT tuviera una escasa carrera de cotización⁸⁶⁹. Por ejemplo, una persona que se acaba de incorporar al mercado laboral y a los pocos meses tiene que pedir una excedencia ante la necesidad de cuidar de un familiar. No obstante, esta situación no tiene efectos económicos ya que, la base reguladora a tener en cuenta para el cálculo de la IT es la correspondiente al mes anterior al inicio de la incapacidad o, de haberse iniciado la actividad laboral ese mismo mes, la correspondiente a ese mes.

b) “La reducción de jornada por nacimiento de hijo o hija prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto”. En este caso la madre o el padre tienen derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario⁸⁷⁰. Aunque la aplicación temporal de esta medida es reducida (el tiempo que dure la hospitalización del hijo o hija), hay tener presente que durante el mismo se reducirá la cotización al sistema de Seguridad Social de forma proporcional a la reducción de la jornada. Esta reducción en la base de cotización tendrá una incidencia en caso de accederse de forma inmediata a una prestación por incapacidad temporal, pues su cuantía se vería afectada, por cuanto la base de cotización tenida en cuenta para calcular la base reguladora de la esta prestación será inferior a la existente con anterioridad a la reducción de jornada⁸⁷¹.

a) En caso de enfermedad común, ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

⁸⁶⁸ Art. 237 LGSS.

⁸⁶⁹ GALA DURÁN, C.: “Las “trampas” de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas”. Cit., pág. 52.

⁸⁷⁰ Art. 37.5 ET.

⁸⁷¹ GALA DURÁN, C.: “Las “trampas” de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas”. Cit., pág. 50.

c) En “la reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas y por cuidado de familiares” las cotizaciones ficticias no se aplican en los casos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, y riesgo durante la lactancia natural⁸⁷². En esos supuestos, aun cuando la madre o el padre hayan estado trabajando y cotizando, la cotización que se computará a todos los efectos será la realizada a tiempo parcial, lo que tendrá consecuencias económicas para el progenitor con jornada reducida. En caso de acceder a la prestación por IT se tendrá en cuenta, la base de cotización del mes anterior a la baja médica, y al estar ésta reducida, se percibirá una prestación de cuantía inferior durante todo el tiempo de la prestación. Aun cuando esa persona haya iniciado la reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas o familiares poco tiempo antes de causar la prestación⁸⁷³. Lo mismo sucede si se trata de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, al calcularse estas prestaciones de la misma forma que la IT derivada de contingencias profesionales⁸⁷⁴, hay que tener en cuenta que estas prestaciones afectan únicamente a las mujeres. Igualmente, en caso de IT serán también ellas las principales perjudicadas al ser las que mayoritariamente reducen su jornada.

7.3. En las prestaciones por muerte y supervivencia

a) Si la persona trabajadora está en “excedencia por cuidado de familiares, el fallecimiento será necesariamente por enfermedad común o accidente no laboral, al estar excedente y no tener actividad laboral. Si el fallecimiento es por accidente no laboral no se exige período previo de cotización. Sin embargo, si el fallecimiento es por enfermedad común el período mínimo de cotización exigido es de 500 días dentro de un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si el causante se encontrase en situación de

⁸⁷² Conforme al art. 237 LGSS tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos únicamente de las prestaciones de la SS por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

⁸⁷³ GALA DURÁN, C.: “Las “trampas” de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas”. Cit., págs. 54-55.

⁸⁷⁴ Art. 189 LGSS. “La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se reconocerá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo”. Y Art. 187.3 LGSS. La prestación económica por riesgo durante el embarazo “consistirá en un subsidio equivalente al 100 por cien de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales”.

alta o asimilada sin obligación de cotizar (como sería el caso de la excedencia)⁸⁷⁵. En esta prestación, el que no se compute como cotizada la totalidad de la excedencia por cuidado de familiares puede afectar al cumplimiento del período de cotización exigido en el supuesto de enfermedad común cuando se trate de trabajadores y trabajadoras con una escasa carrera de cotización⁸⁷⁶.

No obstante se suprime el requisito de cotización para las prestaciones de orfandad, si al fallecer el causante éste se encuentra en alta o en situación asimilada a la de alta⁸⁷⁷, por lo que la excedencia por cuidado de familiares no le afectaría.

En cuanto a la prestación económica, si el fallecimiento es por enfermedad común la BR será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización de la persona fallecida durante un período ininterrumpido de 24 meses. Dicho período será elegido por las personas beneficiarias dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al mes del fallecimiento⁸⁷⁸. Por tanto, se tendrá que elegir el periodo de 24 meses donde no haya estado en excedencia por cuidado de familiares o si estaba, que este período coincida con el primer año de cotización ficticia, para que no le afecte a la BR de la pensión.

b) En la “reducción de jornada por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto”. Si se produce el fallecimiento del progenitor durante la hospitalización del hijo o hija, este

⁸⁷⁵ Art. 219.1 LGSS. *Pensión de viudedad del cónyuge superviviente*. “Tendrá derecho a la pensión de viudedad, ... el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización”.

⁸⁷⁶ GALA DURÁN, C.: “Las “trampas” de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas”. Cit. Pág. 52.

⁸⁷⁷ Art. 224.1 LGSS. Dispone que tendrán derecho a la pensión de orfandad, cada uno de los hijos o hijas del causante, siempre que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista.

⁸⁷⁸ Art. 7.2 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. “La base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, derivadas de contingencias comunes, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión”.

tendrá la jornada reducida; y en el caso de que el fallecimiento sea por accidente de trabajo o enfermedad profesional, tendrá una repercusión negativa, por cuanto la base de cotización tenida en cuenta para calcular la BR será la de los 12 últimos meses⁸⁷⁹ donde estarán incluidas las bases reducidas.

c) Si fallece el progenitor durante una “reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas y familiares”. En la “pensión de viudedad” no se producirán efectos negativos respecto del cumplimiento del período de cotización exigido, en caso de fallecimiento por enfermedad común (500 días en un período de 5 años), pues se estará trabajando y cotizando en el momento del fallecimiento. No obstante, tanto en la pensión de viudedad como en la de orfandad, sí puede verse reducido el importe de la prestación si el fallecimiento ocurre después de los años de cotización ficticia. Al estar la persona trabajadora en activo, la BR será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las BC de un período ininterrumpido de 24 meses. Dicho período será elegido por la persona beneficiaria dentro de los 15 años anteriores al mes del fallecimiento. Por tanto, esta tendrá que elegir un período de 24 meses, donde la persona fallecida no hubiera reducido la jornada por cuidados, o si la tenía reducida, que este período coincida con los períodos de cotización ficticia.

La situación es muy diferente si el fallecimiento es por AT o EP, pues la BR será el cociente de dividir por 12: el importe del total de retribuciones (sueldo, antigüedad, pagas extraordinarias, beneficios o participación, pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias)⁸⁸⁰ percibidas en el año anterior al accidente, por el número de días efectivamente trabajados en dicho período. Por tanto, si la jornada en los doce meses anteriores al fallecimiento estaba reducida, el salario lo estará en la misma proporción afectando a la BR sobre la cual se calculará la pensión de viudedad.

⁸⁷⁹ Disposición adicional undécima Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998. (BOE, núm. 10 de Enero de 1998).

⁸⁸⁰ Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. (BOE de 23 de Febrero de 1967). Art. 9 d) “cuando el fallecimiento del causante sea debido a accidente de trabajo o a enfermedad profesional, la base reguladora se determinará, en todos los casos, sobre las retribuciones efectivamente percibidas”.

7.4. En la pensión de incapacidad permanente

A continuación se analizan de forma individual la repercusión de las medidas de conciliación en cada una de las prestaciones económicas en la modalidad contributiva a que dan lugar los diferentes grados de incapacidad:

a) *La Incapacidad Permanente Parcial*⁸⁸¹. Para acceder a la prestación la persona trabajadora debe estar afiliada, en alta o situación asimilada al alta. Y tener cubierto un período previo de cotización, si la incapacidad deriva de enfermedad común, de 1800 días comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se haya extinguido la IT de la que derive la IP⁸⁸². No obstante, no se exige período previo de cotización, si la incapacidad deriva de accidente, sea o no laboral, o de enfermedad profesional⁸⁸³.

Para acceder a una IPP por enfermedad común, aunque el periodo de carencia no es muy elevado (5 años), hay una medida de conciliación que podría afectarle especialmente, “la excedencia por cuidado de familiares” a partir del segundo año, no obstante, esta medida únicamente afectaría a las personas con una escasa vida laboral.

La prestación de la IPP consiste en una indemnización a tanto alzado igual a 24 mensualidades de la BR que sirvió para el cálculo del subsidio de IT del que se deriva la incapacidad permanente⁸⁸⁴. Base reguladora que se verá afectada por algunas medidas de conciliación.

En el supuesto de “reducción de jornada por nacimiento de hijo o hija prematura o que, deba permanecer hospitalizada a continuación del parto”, únicamente tendrá una incidencia negativa si con posterioridad al disfrute de esta reducción, exactamente al mes siguiente, la persona trabajadora entra en proceso de IT y éste deriva en una IPP,

⁸⁸¹ Art. 3.1. Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. “*Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al treinta y tres por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma*”.

⁸⁸² Art. 195.2 LGSS.

⁸⁸³ Art. 195.1 LGSS.

⁸⁸⁴ Art. 9. Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

pues la BC tenida en cuenta para el cálculo de la IT es la de mes anterior a la baja médica, BR que en este caso estaría reducida.

No obstante, el mayor perjuicio en esta prestación se presenta cuando la persona trabajadora tiene la “jornada reducida por guarda legal de una persona menor de 12 años” y se produce la IPP tras los dos primeros años de reducción, al calcularse la pensión sobre la BR por IT correspondiente a su empleo a tiempo parcial. Lo mismo sucede con la “jornada reducida por cuidado de familiares” tras el primer año.

b) *La Incapacidad Permanente Total*⁸⁸⁵. Para acceder a la prestación la persona trabajadora debe estar afiliada, en alta o situación asimilada al alta y tener cubierto un período previo de cotización, si la incapacidad deriva de enfermedad común, que varía en función de la edad de la persona:

-Si es menor de 31 años de edad: El período genérico de cotización será la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante⁸⁸⁶, es decir, como máximo 4,67 años y no hay período específico de cotización.

-Si tiene 31 o más años de edad: El período genérico de cotización será un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años⁸⁸⁷.

En la IPT, en caso de enfermedad común, el periodo de carencia también es reducido, así la medida que le afectará será “la excedencia por cuidado de familiares” a partir del segundo año, sobre todo a las personas con una escasa carrera de seguro. Sin embargo, para las personas con 31 años o más, existe un período específico de cotización, que será un quinto del período de cotización exigible (1 año), que debe estar comprendido en los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante⁸⁸⁸. Por tanto, la persona trabajadora debe tener cotizado al menos un año en los 10 anteriores, que si

⁸⁸⁵ Art. 137. 4 anterior LGSS. “*Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta*”.

⁸⁸⁶ Art. 195.3 a) LGSS.

⁸⁸⁷ Art. 195.3 b) LGSS.

⁸⁸⁸ Art. 195. 3 b) LGSS. “*En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante. En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el período de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, una quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar*”.

está en activo (aunque sea con jornada reducida por cuidados familiares), con toda probabilidad cumplirá el requisito. Asimismo, si en los 10 años anteriores ha estado en excedencia, al computar esta como cotizada, -como mínimo 1 año como es el caso de la excedencia por cuidados familiares- también cumpliría el requisito específico de cotización.

En cuanto al cálculo de la base reguladora será diferente según la causa que origine la incapacidad permanente:

-Si la incapacidad deriva de enfermedad común. Para determinar la BR se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización de la persona interesada durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante⁸⁸⁹. El cómputo de dichas bases se realizará conforme a unas reglas específicas. Si bien, el periodo de tiempo que se toma para el cálculo no es muy elevado -las BC de los últimos 8 años- en el caso de las mujeres más jóvenes, si han reducido su jornada para atender la crianza más allá de los 2 primeros años, la reducción afectará directamente en el cálculo de la BR de la prestación -hay que tener en cuenta que puede estar hasta 10 años con jornada reducida sin incremento por cotización ficticia-. No obstante, la reducción de jornada, afectará menos cuanto mayor sea la edad de la persona beneficiaria, pues ya no estará inmersa en la crianza.

-Si la incapacidad deriva de accidente no laboral. La BR será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización de la persona interesada durante un período ininterrumpido de 24 meses. Dicho período será elegido por ella dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Para no salir perjudicada deberá elegir dentro del período de 7 años, dos años, donde no haya tenido reducida la jornada por cuidado de menores o de familiares, para que no le afecte económicamente.

-Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La BR se calcula sobre salarios reales vigentes al sobrevenir la incapacidad. Será el cociente de dividir por 12 los siguientes sumandos del último año (Sueldo y antigüedad, pagas

⁸⁸⁹ Art. 197.1 a) LGSS.

extraordinarias, beneficios o participación, pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias)⁸⁹⁰. Por tanto, si en el último año la persona beneficiaria ha estado con la jornada reducida por cuidado de hijos, hijas u otros familiares, no estando este período afectado por la cotización ficticia, la BR se calculará íntegramente sobre los salarios reducidos.

c) *La Incapacidad permanente absoluta*⁸⁹¹. Los requisitos para acceder a la prestación es que la persona beneficiaria este afiliada y en situación de alta, asimilada al alta, o en situación de no alta. Asimismo, tener cubierto un período previo de cotización; si deriva de enfermedad común, en situación de alta o asimilada, igual a la IPT (como máximo 5 años). El perjuicio se da cuando la incapacidad deriva de enfermedad común o accidente no laboral, en situación de “no alta”, pues la persona beneficiaria deberá tener cubierto un período genérico de cotización de 15 años y otro período específico de cotización de 3 en los últimos 10 años⁸⁹². Al acceder desde una situación de no alta, se exige una carencia superior, que en el caso de personas jóvenes que tienen poca carrera de cotización o personas que lleven inactivas mucho tiempo por dedicarse a la crianza, o al cuidado de familiares, les será muy complicado cumplir con este requisito de cotización mínima.

En cuanto al cálculo de la Base Reguladora:

-Si la incapacidad deriva de enfermedad común, tanto si la persona beneficiaria está en situación de alta o asimilada o en situación de "no alta", se calcula aplicando las mismas reglas que las señaladas para la IPT derivada de enfermedad común, por ello causará los mismos efectos mencionados para esta.

-Si la incapacidad deriva de accidente no laboral, y la persona beneficiaria está en situación de alta o asimilada se calcula aplicando las mismas reglas que las señaladas para la IPT derivada de accidente no laboral, por tanto tendrá los mismos efectos señalados para esta. Pero, si la persona beneficiaria está en situación de “no alta”, la BR será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización de la interesada

⁸⁹⁰ Disposición adicional undécima RD Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998.

⁸⁹¹ Art. 137. 5 anterior LGSS. “Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”.

⁸⁹² Art. 195.4 LGSS.

durante los 96 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante⁸⁹³. En este supuesto, hay que añadir al periodo de carencia mayor por estar en situación de no alta (15 años), que el cálculo de la BR se hará sobre las BC de los últimos 8 años, que en caso de haber estado con jornada reducida por cuidados familiares, la persona sufrirá una doble penalización.

-Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la BR se calcula sobre salarios reales del último año, aplicando las mismas reglas que las señaladas para la incapacidad permanente total derivada de estas contingencias, y causando los mismos efectos.

c) *Gran invalidez*⁸⁹⁴. Como requisito la persona beneficiaria tiene que tener cubierto un período previo de cotización exactamente igual que para la IPA. La cuantía de la pensión por gran invalidez estará formada por el importe de la pensión que corresponda por incapacidad permanente (total o absoluta), incrementada con un complemento destinado a remunerar a la persona que atienda a la persona beneficiaria. El importe del complemento será el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el Régimen General en el momento del hecho causante, cualquiera que sea el régimen en el que se reconozca la pensión, y el 30% de la última base de cotización de la persona trabajadora correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de IP⁸⁹⁵. En este 30% es donde podría existir un perjuicio si previa a la incapacidad la persona estaba con jornada reducida por cuidados familiares. Aunque en ningún caso, este complemento podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida -sin el complemento- por la persona trabajadora, lo que garantiza que tenga un importe más o menos aceptable.

7.5. En la pensión de jubilación

Con la reforma de la pensión de jubilación realizada por medio de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, se produce un endurecimiento de los requisitos de cotización para

⁸⁹³ Art. 197.3 LGSS.

⁸⁹⁴ Art. 137.6 anterior LGSS. “*Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*”.

⁸⁹⁵ Art. 196.4 LGSS.

acceder a la pensión de jubilación. Esta reforma penaliza a las carreras profesionales inestables como las de las personas con responsabilidades familiares, principalmente las mujeres.

En España para acceder a la pensión de jubilación hay que tener un período mínimo de cotización genérico de 15 años⁸⁹⁶. A partir del 1-1-2013, el acceso a la pensión de jubilación depende de la edad de la persona trabajadora y de las cotizaciones acumuladas a lo largo de su vida laboral, siendo requisito haber cumplido la edad de 67 años o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. Las edades de jubilación y el período de cotización se aplicarán de forma gradual, así para quienes se jubilen en el año 2016, deberán tener 36 años o más cotizados para jubilarse con 65 años; y si tienen menos de 36 años cotizados, tendrán que jubilarse con 65 años y cuatro meses. A partir del año 2027, para poder jubilarse con 65 años de edad, habrá que tener 38 años y 6 meses de cotización, y si se tiene menos de 38 años y seis meses la persona trabajadora se tendrá que jubilar a los 67 años de edad⁸⁹⁷. Esto repercute directamente en las mujeres que tienen carreras de cotización más cortas.

Otra consecuencia perjudicial de la reforma de la pensión de jubilación es el alargamiento del periodo de tiempo cotizado para el cálculo de la base reguladora que con anterioridad a esta reforma, se tomaban para el cálculo las BC de los últimos 15 años, pero a partir de 2013 se va incrementando progresivamente hasta que en el año 2022 la BR será el cociente que resulta de dividir por 350 las bases de cotización de los últimos 300 meses anteriores a la fecha de jubilación⁸⁹⁸, es decir, se tendrán en cuenta las BC de los últimos 25 años.

En cuanto al porcentaje aplicable a la BR es variable en función de los años de cotización aplicándose una escala que comienza con el 50% a los 15 primeros años cotizados, y que aumenta a partir del decimosexto año de forma progresiva. Se establece

⁸⁹⁶ Artículo 205. b) LGSS: *“Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias”*.

⁸⁹⁷ Art. 4.2. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Recogida en la Disposición transitoria séptima LGSS. Aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización.

⁸⁹⁸ Art. 4.4 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Y Disposición transitoria octava LGSS. *Normas transitorias sobre la base reguladora de la pensión de jubilación.*

un periodo transitorio y gradual hasta 2027⁸⁹⁹. Así a partir de ese año los 15 primeros años cotizados generan el 50% de la pensión y los 22 años restantes el otro 50% para con un total de 37 años cotizados poder percibir el 100% de la B.R.

Todo esto origina que para causar derecho al 100% de la pensión las personas trabajadoras están obligadas a tener una extensa vida laboral. Así a partir de 2027 quienes quieran jubilarse con 65 años de edad y cobrar la pensión integra tendrán que empezar a trabajar y cotizar a los 25 años y medio de edad, como mínimo, y no dejar de hacerlo hasta que se jubilen. Y si se jubilan a los 67 años, deberán comenzar su vida laboral con 28 años y cinco meses como mínimo, y no cesar su carrera de seguro hasta la fecha de su jubilación. Esto es algo difícil para ambos sexos pero en especial para las mujeres que sean madres.

Por otra parte, a partir de 1-1-2013, se añade otra medida perjudicial por el nuevo sistema de integración de lagunas, -tanto para el cálculo de la prestación de jubilación como la de la incapacidad permanente-, así, si en el período que debe tomarse para el cálculo de la BR aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento y el resto de mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima⁹⁰⁰.

Esto supone que de un lado, que “se otorga mayor valor a las lagunas de cotización acaecidas en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al periodo que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la base reguladora (puesto que las lagunas en tal caso se rellenan con las mensualidades más cercanas al hecho causante); y de otro lado, las lagunas más remotas se rellenan con la mitad de la base mínima, lo que implica una diferencia notable con relación al sistema vigente con anterioridad, que rellena las lagunas con la cuantía establecida para las bases mínimas. Se trata de un mecanismo que vuelve a penalizar los defectos de cotización remotos que son los que suelen

⁸⁹⁹ Art. 4.6 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁹⁰⁰ Art. 197.4 LGSS. Base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes. Y art. 209.1 b) Base reguladora de la pensión de jubilación.

coincidir con los periodos fértiles, por lo que su repercusión negativa en la cobertura final de los sujetos con responsabilidades resulta evidente”⁹⁰¹.

En el caso de personas trabajadoras incluidas en el Sistema especial para empleados de hogar, desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la BR de la pensión de jubilación sólo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados (sin integración de lagunas), lo que perjudica casi exclusivamente a las mujeres que son quienes mayoritariamente trabajan y cotizan como empleadas de hogar⁹⁰².

Así las medidas de conciliación usadas por las mujeres afectan a su futura pensión de jubilación de la siguiente forma:

a) El segundo año de “la excedencia por cuidado de familiares”, que no computa a efectos de cotización, perjudicará a la futura pensión de jubilación de la persona excedente, al fijarse el porcentaje aplicable a la base reguladora en función de los años cotizados. Es más, si ese tiempo que no computa como cotizado, tuviera que tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de la base reguladora se incorporarían, por dicho período, las correspondientes bases mínimas de cotización⁹⁰³, que afecta también al importe de la pensión de jubilación.

b) “La reducción de jornada por nacimiento de hijo o hija prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto”. En este supuesto en el que la duración de la reducción, su cuantía y la reducción de la cotización es reducida; tendrá una incidencia negativa, aunque menor, al ser la pensión de jubilación una prestación muy a largo plazo. Igualmente, sucede con “la reducción de jornada por cuidados de familiares”, donde solo afectará al 2º año.

⁹⁰¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. Cit., págs. 70-71.

⁹⁰² Disposición transitoria decimosexta. *Bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema Especial para Empleados de Hogar*. Apartado 4. LGSS.

⁹⁰³ Art. 209 b) LGSS: “Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima”.

c) La medida de conciliación que más perjudica a la pensión de jubilación es, sin lugar a dudas, “la reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas”.

En la pensión de jubilación el período de cotización no se ve afectado por esta medida, pues la persona que disfruta de la reducción está trabajando y cotizando. Sin embargo, si afectará al cálculo de la BR, si la reducción de jornada se ha producido dentro de los años que se tienen en cuenta para su cálculo. Pues, la reducción de jornada por cuidado de una criatura puede durar hasta que esta cumpla 12 años, y con excepción de los dos primeros, el resto hasta diez años, estarán cotizados con una BC reducida en función de la reducción de jornada. Teniendo en cuenta la franja temporal tan amplia para el cálculo de la BR -las BC de los últimos 25 años-⁹⁰⁴, es muy probable que algunos de los años con jornada reducida estén dentro de ella. Y en el caso de una maternidad tardía, probablemente estarían incluidos todos los años de cotización reducida dentro de los 25 a tener en cuenta para el cálculo.

Por último, señalar que el efecto perjudicial de la reducción de jornada por cuidados es acumulativo, pues se da por cada una de las reducciones de jornada de la futura persona pensionista que, a lo largo de su vida laboral pueda disfrutar, pudiéndose producir por cada una de ellas los efectos negativos ya señalados.

7.6. En la prestación por desempleo

Cuando un progenitor accede a “una excedencia por cuidado de menores o de familiares”, se producen efectos negativos en la prestación por desempleo ya que en este supuesto no se considera cotizado ningún período de la excedencia. Y ese hecho afecta tanto al cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para tener derecho a la prestación -360 días- como a la duración de la prestación que se calcula en base a los días previamente cotizados por la persona solicitante en los últimos seis años. No obstante, el artículo 269.1 de la LGSS prevé en este caso, que el período de referencia de seis años, podría calcularse a partir del momento en que cesó la obligación de cotizar a la Seguridad Social –la fecha de inicio de la excedencia-.

⁹⁰⁴ Artículo 209.1 LGSS: “La base reguladora de la pensión de jubilación será el cociente que resulte de dividir por trescientos cincuenta, las bases de cotización del interesado durante los trescientos meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante”.

En el caso del desempleo los efectos negativos de “las reducciones de jornada” no se producen, como consecuencia de la aplicación del artículo 270.6 LGSS, que dispone que en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de “personas menores enfermas de cáncer u otra enfermedad grave”, “reducción de jornada por nacimiento neonatos prematuros, o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto”; y en los supuestos de “reducción de jornada por cuidado de menores de 12 años o familiares”; para el cálculo de la base reguladora por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Cabe entender que esta medida se aplicará respecto de cada una de las reducciones de jornada que, a lo largo de su vida laboral, pueda solicitar el progenitor.

Por otra parte, si la situación legal de desempleo se produce estando el progenitor en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima de la prestación de desempleo se determinarán teniendo en cuenta el IPREM, en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada⁹⁰⁵. Esto conlleva que el padre o la madre que recurran a estas reducciones de jornada y posteriormente pierdan su empleo, estas medidas de conciliación no tendrá consecuencias negativas a efectos de la prestación por desempleo, ni en el cálculo de la prestación, ni en su cuantía económica.

⁹⁰⁵ Art. 270.6 LGSS.

II. LOS PERMISOS POR MATERNIDAD, PATERNIDAD Y PARENTALES EN OTROS PAÍSES

1. Los permisos por maternidad y paternidad en Europa

En el artículo “Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales?”, sus autoras tratan de dar respuesta a la pregunta de si podría diseñarse un sistema de permisos parentales que fomentara el uso igualitario por parte de hombres y de mujeres. Para ello, han estudiado los sistemas de 21 países europeos, llegando a la conclusión si bien ningún país se aproxima a la situación de plena igualdad, Islandia destaca como el país que más se acercó, con 3 meses de permiso intransferible y bien remunerado para los padres (este permiso fue reformado en Diciembre de 2012). Islandia y Portugal (con su reforma de 2009), representan el uso más igualitario, seguidos de Noruega y Suecia. España, Francia y Bélgica, son países con potencial de transitar hacia una situación de mayor equilibrio. El hecho de que aún tengan permisos relativamente cortos para las mujeres facilitaría la equiparación. Si los permisos intransferibles y bien pagados son los únicos que utilizan los hombres, la conclusión evidente es que se conseguirá la participación igualitaria con *permisos iguales, intransferibles y pagados al 100%*⁹⁰⁶.

En Europa hay dos países de referencia en cuanto a sistemas de permisos bastante avanzados: Islandia y Suecia. En ambos, el diseño del sistema está pensado para la protección de la infancia, la igualdad de género y la inclusión del padre en los cuidados.

En Islandia, hasta hace dos décadas los padres, como los españoles, no tenían permiso por nacimiento o adopción, y las madres, en cambio, tenían 6 meses. En 1997 este país llevó a cabo un experimento piloto que consistió en conceder tres meses de permiso a un número limitado de padres de una muestra seleccionada y observar los resultados. Su éxito, difusión y popularidad fueron tales que, según la opinión de muchas personas islandesas, posibilitó la reforma de los permisos que Islandia acometió

⁹⁰⁶ CASTRO CARCÍA, C.; PAZOS MORÁN, M.: “Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales?”, *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 9, 2012, pág. 25.

en el año 2000. De hecho, en esa reforma se copió el modelo del experimento: 3 meses de permiso intransferible y bien pagado para los padres. La reforma del año 2000 convirtió a Islandia en el país con los permisos parentales más igualitarios del mundo, con 3 meses intransferibles para cada progenitor/a y 3 transferibles (3/3/3). El efecto práctico fue que, desde entonces, los padres suelen tomarse tres meses y las madres seis (en Islandia, como en todas partes, los hombres se toman mayoritariamente los permisos intransferibles y bien pagados; y no se toman los que no están bien pagados ni los que pueden transferir a las madres por muy bien pagados que estén). La reforma fue tan bien acogida por la ciudadanía que en Diciembre de 2012, y aún en plena crisis económica, Islandia abordó otra reforma aún más radical: el permiso intransferible de cada progenitor/a se aumenta de 3 a 5 meses, dejando otros 2 meses transferibles (5/5/2). Esta reforma se ha llevado a cabo progresivamente haciéndose realidad en el año 2016. Aunque, en base a la experiencia pasada, se puede predecir que una amplia mayoría de los padres se tomará cinco meses de permiso. Las mujeres, por su parte, previsiblemente se tomarán siete meses. Se hubiera conseguido una situación más igualitaria si la Ley hubiera establecido seis meses de permiso intransferible para cada progenitor/a (6/6) pero no cabe la menor duda de que con esta reforma Islandia “ha puesto una pica Flandes”⁹⁰⁷.

Por otro lado, Suecia, es el único país de la Unión Europea que no dispone de un permiso por maternidad propiamente dicho, aunque existe dentro del permiso parental un periodo exclusivo de la madre; y se contempla un periodo específico para el padre además del permiso por paternidad. Es curioso que precisamente siendo Suecia el primer país europeo en incorporar el permiso por maternidad, haya sido también el primero en dar el paso su eliminación, como muestra de que este permiso debería encaminarse hacia el permiso de cuidado por razón de nacimiento en el que también los padres han de participar en condiciones de igualdad⁹⁰⁸.

En Suecia, en el momento del parto, la madre dispone de un permiso de maternidad de dos semanas y el padre (o el otro progenitor) de 10 días para asistir a la

⁹⁰⁷ Þorgerði Einarsson: “En las alegrías y en las penas. Hombres islandeses de permiso por paternidad”. Comisión para la igualdad de género del Ayuntamiento de Reikiavik. Versión española Junio 2012 PPIINA (Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción). Documentos. www.igualeseintransferibles.org. Consultado el día 28-04-2016. Págs. 8-9.

⁹⁰⁸ PEREZ CAMPOS, A.I.: “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, cit., pág. 178.

madre y a la familia (ambos retribuidos en alrededor del 80% de los ingresos regulares, con techo). Pero lo verdaderamente importante es “el permiso parental”, que dura 15 meses (remunerados en alrededor del 80% con techo), de los cuales corresponden dos meses en exclusiva para la madre y dos meses en exclusiva para el padre; es decir, se trata de dos meses intransferibles para cada progenitor. El resto, se corresponde con 5,5 meses que tiene la madre y 5,5 meses que tiene el padre, que se pueden transferir al otro progenitor. Por otra parte, una vez que finaliza el periodo de permiso parental, existe la garantía del acceso a la red de centros de educación infantil públicos, de una calidad media bastante alta y universal⁹⁰⁹.

Pero este país que cuenta con los permisos más largos de Europa, ha ido más allá y el Parlamento sueco aprobó en noviembre de 2015 una ley para introducir el tercer mes de permiso por paternidad. Entrará en vigor el 1 de enero de 2016, y eleva de 60 a 90 los días de permiso reservados para el padre y que no pueden ser transferidos a la madre⁹¹⁰.

Por otra parte, en Europa hay tres modelos de países atendiendo a su aproximación a la igualdad:

a) Países que más impulsan la corresponsabilidad a través de la implicación de los hombres. Islandia, Noruega, Suecia y Portugal. Todos se caracterizan por haber realizado reformas contundentes para conseguir un mayor uso de los permisos por parte de los hombres, concediéndoles permisos intransferibles y bien pagados de duración mayor de un mes.

b) Países que consideran a los hombres como “colaboradores eventuales” en el cuidado infantil. Como Francia, Bélgica, España y Dinamarca. Permisos intransferibles bien remunerados de unas pocas semanas. Los hombres generalmente participan en el cuidado durante la emergencia familiar posterior al parto.

⁹⁰⁹ ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. (coordinadores): *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. Instituto de la mujer. Universidad Complutense de Madrid, octubre de 2012, pág. 8-9.

⁹¹⁰ ABC. Sociedad. “El Parlamento sueco aprueba el tercer mes de permiso de paternidad”. EfeCopenhague, 11/11/2015. http://www.abc.es/sociedad/abci-parlamento-sueco-aprueba-tercer-permiso-paternidad-201511112034_noticia.html. Consultado el día 28-01-2016.

c) Países que más refuerzan la división sexual del trabajo. Hungría, Holanda y Grecia, -permiso entre 2 y 5 días-, más que para el cuidado se utilizan para acercarse a conocer a la criatura y realizar las gestiones de inscripción del nacimiento. En Austria, Italia, Irlanda, Rep. Checa y Estonia los hombres no son titulares del derecho, y éste corresponde exclusivamente a las madres⁹¹¹.

2. La protección por maternidad a nivel mundial

En cuanto a la situación de la protección por maternidad a nivel mundial, según un estudio realizado por la OIT en mayo de 2014, titulado “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”⁹¹², en el que se examina la legislación en materia de maternidad y paternidad en 185 países y territorios. La OIT destaca que se ha producido un cambio mundial paulatino hacia periodos de licencia de maternidad acordes o superiores a la norma de la OIT de 14 semanas; la mayoría de los países ahora prevén la duración de la licencia de conformidad con el Convenio núm. 183. En este sentido, desde el año 1994, ningún país ha reducido la duración de la licencia por maternidad.

Por otra parte, solo dos de los 185 países y territorios estudiados (Papúa Nueva Guinea y los Estados Unidos de América) prevén una licencia por maternidad obligatoria, y no prevén prestaciones pecuniarias obligatorias durante la misma. Más de 100 países financian las prestaciones mediante la Seguridad Social, reduciendo así la responsabilidad de las empresas. Sin embargo, en más de la mitad de ellos, las prestaciones son insuficientes desde el punto de vista financiero y de la duración de las mismas. Según el informe hay aproximadamente 830 millones de trabajadoras que en la práctica carecen de cobertura suficiente, sobre todo las de países en desarrollo⁹¹³.

En lo referente a la duración legal de la licencia por maternidad. En 2013, el 53% (98 países) cumple con la normativa de la OIT de una licencia de 14 semanas como

⁹¹¹ CASTRO CARCÍA, C.; PAZOS MORÁN, M.: “Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales?”, cit., págs. 23-24.

⁹¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. 13 de Mayo de 2014. www.ilo.org/maternityprotection. Consultado el día 3-11-2014

⁹¹³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., pág. 2.

mínimo; 42 países cumplen o superan la licencia propuesta de 18 semanas; en 60 países conceden una licencia de entre 12 y 13 semanas, inferior a la duración prevista en el Convenio núm. 183, pero en consonancia con los Convenios anteriores y solo el 15% (27 países) concede menos de 12 semanas⁹¹⁴.

En la siguiente tabla se relacionan los países del mundo donde hay un permiso por maternidad de duración superior al existente en España.

⁹¹⁴ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., pág. 3.

Tabla núm. 15. Países donde en el año 2013 había un permiso por maternidad superior al de España (112 días)

Nº	PAÍS	Días
1	Grecia	119
2	Mongolia	120
3	Sudáfrica	120
4	Canadá	120
5	Brasil	120
6	Australia	126
7	Kazajistán	126
8	Ucrania	126
9	Finlandia	126
10	Rumania	126
11	Bielorrusia	126
12	Federación Rusa	140
13	Serbia	140
14	Portugal	150
15	Italia	154
16	Chile	156
17	Cuba	156
18	Hungría	168
19	Polonia	182
20	Vietnam	183
21	Bulgaria	227
22	Eslovaquia	238
23	Suecia	240
24	República Checa	256
30	La antigua república Yugoslava de Macedonia	273
31	Irlanda	294
32	Noruega	315
33	Reino Unido	365
29	Bosnia y Herzegovina	365
30	Croacia	410

Fuente: Elaboración propia datos de la página Web de la OIT. Mapas interactivos. Duración de la licencia por maternidad por país. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241698/lang--es/index.htm. Consultado el día. 21-01-2016.

Es significativa la duración del permiso maternal en algunos países donde supera los seis meses de duración (180 días), y sin embargo, esta licencia tan extensa para la maternidad no va acompañada de una licencia por paternidad o si la tiene es bastante menor, como es el caso de Reino Unido que tiene una licencia por paternidad de 14 días

frente al año de la de maternidad. Y lo mismo sucede con Croacia, con la licencia maternal más larga del mundo (410 días) y con una licencia de paternidad de tan sólo 7 días.

En cuanto a las prestaciones pecuniarias por maternidad, los países utilizan varios métodos para fijar el nivel de las prestaciones. Hay quienes pagan la prestación durante toda la duración de la licencia, algunos reducen el nivel de las prestaciones durante la licencia y otros conceden la remuneración obligatoria solo a algunas categorías de trabajadoras⁹¹⁵. En este sentido España cubre el 100% de las rentas durante toda la licencia.

3. El permiso por paternidad en el ámbito internacional

La OIT no tiene normas sobre la licencia por paternidad, pese a ello, las disposiciones relativas a esta licencia son cada vez más habituales y reflejan la evolución de la visión de la paternidad. Así el derecho obligatorio a la licencia por paternidad rige en 78 de los 167 países sobre los que la OIT dispone de información. En la mayoría de ellos (70), la licencia es remunerada; ello pone de manifiesto la tendencia a una mayor participación de los padres en torno al nacimiento. La concesión de la licencia paterna es más habitual en las Economías Desarrolladas, África y Europa Oriental, y Asia Central. En relación a su duración esta varía, pero solo cinco países (Eslovenia, Finlandia, Islandia, Lituania y Portugal) ofrecen periodos que superan las dos semanas. Por otra parte, en casi todos los países que la conceden, el padre tienen la posibilidad de decidir si gozar o no de su derecho. Esta licencia solo es obligatoria en Chile, Italia y Portugal. Y en el año 2013, la licencia por paternidad es remunerada en 70 (el 89 %) de los 78 países en donde hay derecho a ella⁹¹⁶.

⁹¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., pág. 4. A partir de un subconjunto de 167 países comparables, el informe concluye que el 45% (74 países), concede prestaciones pecuniarias equivalentes al menos a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer, durante mínimo 14 semanas. 61 países conceden una cuantía equivalente al 100% de las ganancias anteriores, durante 14 semanas por lo menos. Y en 93 países (alrededor del 55%) la licencia por maternidad no es remunerada, o se paga una cuantía inferior a dos tercios de las ganancias anteriores, o se paga durante un periodo inferior a las 14 semanas.

⁹¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., págs. 7-8.

A continuación se expone una tabla con los países que en el año 2013 tenían una licencia por paternidad de duración superior a dos semanas.

Tabla núm. 16. Países donde existe un permiso por paternidad superior al de España (15 días), en 2013

Nº	PAÍS	DÍAS
1	Portugal	20
2	Lituania	30
3	Finlandia	54
4	Suecia	70
5	Estados Unidos	84
6	Eslovenia	90
7	Islandia	90
8	Noruega	112

Fuente: Elaboración propia datos de la página Web de la OIT. Mapas interactivos. Duración de la licencia por paternidad por país. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241699/lang--es/index.htm. Consultado el día. 21-01-2016.

Según la información del estudio de la OIT solo ocho países a nivel mundial disponen de un permiso exclusivo para el padre de duración superior al permiso español. Estos datos corresponden a los permisos por paternidad en el año 2013, en la actualidad año 2016, el permiso por paternidad en Islandia es de cinco meses (150 días). Por otra parte, en algunos países, como los nórdicos, los padres disponen a parte del permiso por paternidad, de más días de licencia a través del permiso parental compartido con la madre.

4. El permiso parental en el derecho comunitario

La OIT en su Recomendación número 191, aconseja a los Estados miembros que “La madre o el padre que trabaja debería tener derecho a una licencia parental durante el período siguiente a la expiración de la licencia de maternidad”. Esta organización define la licencia parental como un periodo de licencia a más largo plazo, al que puede optar uno de los dos progenitores para cuidar de una criatura recién nacida o de corta edad, por lo general, una vez agotada la licencia de maternidad o de paternidad. Y advierte que en general, las mujeres tienen más probabilidades de tomar, a continuación de la licencia de maternidad, la licencia parental, en particular cuando el derecho se comparte

entre ambos progenitores⁹¹⁷.

El permiso parental surge por primera vez en Europa en Suecia en 1974, y a diferencia de los de maternidad y paternidad, no es un “permiso por nacimiento”, sino un “permiso por cuidados”, disponible tanto para la madre como para el padre, y que se utilizaría una vez que se hubieran agotado los permisos de maternidad y paternidad⁹¹⁸.

La evolución de los permisos parentales está caracterizada por la influencia de las consideraciones de la igualdad de género y el objetivo de incluir a los hombres en ellos. A la hora de analizar el papel de los hombres en los sistemas de permisos parentales, se pueden distinguir tres etapas: En la primera, desde finales del siglo XIX hasta los años sesenta del siglo XX, los hombres no jugaban ningún papel. En la segunda, en los años sesenta y setenta en Suecia y Noruega, se intenta por primera vez, abrir los sistemas de permisos a los hombres, sin embargo la tasa de uso de los permisos parentales fue muy baja como consecuencia de la inercia en las costumbres y de la falta de incentivos. Y en la tercera etapa se producen cambios en los países nórdicos hacia una mayor individualización de los permisos y los hombres responden mayoritariamente utilizando los mismos⁹¹⁹.

⁹¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., pág. 10.

⁹¹⁸ ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. (coordinadores): *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Cit., pág. 6.

⁹¹⁹ ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A.: *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Cit., págs. 9-10. En la primera etapa, que abarca desde los inicios del estado de bienestar a finales del siglo XIX hasta los años sesenta del siglo XX, los hombres no jugaban ningún papel. Tan solo existía el permiso de maternidad, como forma de proteger la salud de la mujer trabajadora y de su bebé, y no existía un ambiente intelectual que suscitara el debate en torno a la inclusión de los varones en las tareas de cuidados. En la segunda de ellas, que comienza en Suecia en 1974, se intenta por primera vez abrir los sistemas de permisos a los varones. Así en los años sesenta en Suecia se empieza a hablar de corresponsabilidad en las tareas de cuidados entre mujeres y hombres, y se toma conciencia de la necesidad de dar cabida a los varones en los sistemas de permisos. Fruto de este nuevo ambiente fue la introducción en Suecia en 1974 del permiso parental, que consistía en una cantidad de meses (inicialmente 6) disponibles conjuntamente para ambos, la madre y el padre, que podían distribuir como desearan. A Suecia le siguieron poco después otros países nórdicos, como Noruega, en 1977. Sin embargo, aunque por primera vez los varones tenían acceso legal a los permisos, la tasa de uso de los mismos fue muy baja, como consecuencia de la inercia en las costumbres y de la falta de incentivos. En la tercera etapa se producen cambios hacia una mayor individualización de los permisos y, esta vez, los varones sí responden mayoritariamente utilizando los mismos. En este caso el país pionero fue Noruega que, en 1993, introdujo una cuota (no transferible) de un mes en el permiso parental para cada progenitor. De esta manera, si el padre no utilizaba el mes que le correspondía, este se perdía (no se lo podía transferir a la madre). Poco después, en 1995, Suecia hace lo mismo y tanto Suecia como Noruega van ampliando posteriormente esas cuotas destinadas a cada progenitor. El efecto conjunto de que estos meses de licencia estuviesen bien remunerados (por encima del 80%) y fueran no transferibles,

III. SOLUCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Uno de los objetivos de esta tesis doctoral es aportar soluciones al problema que se plantea ante una legislación que no propicia la corresponsabilidad, por el contrario, contiene medidas que, aunque sean neutras, fueron pensadas para que las mujeres conciliaran vida laboral y familiar y les fuera más llevadera la doble jornada; y como demuestran las estadísticas efectivamente así lo hacen. Sin embargo, compatibilizar la vida familiar y profesional, no es un problema de las mujeres, sino un problema social. Por ello, se impone la necesidad de crear medidas de conciliación con perspectiva de género, medidas que no consistan en dar derechos a las mujeres trabajadoras, sino que traten de corresponsabilizar a los hombres en la asunción de las obligaciones familiares, como salida a este conflicto social.

Tras analizar en los capítulos anteriores los permisos por maternidad, paternidad, y las actuales medidas de conciliación; y teniendo en cuenta la situación de la que partimos (analizada en los apartados anteriores), parece necesario introducir algún elemento corrector en las actuales políticas de conciliación para convertirlas en instrumentos que mejoren la igualdad de género, y que a su vez sean capaces de dar respuesta a las necesidades demográficas.

Después de estudiar las posibles opciones, se elabora “una propuesta de reforma de las actuales medidas de conciliación y de permisos parentales existentes en nuestro ordenamiento jurídico”. Las medidas propuestas en este trabajo que podríamos llamar medidas de conciliación de “tercera generación”, son necesarias para superar el actual concepto de conciliación, son unas medidas cuyo objetivo principal es la “corresponsabilidad” y dar valor a los cuidados. Se han elaborado con la intención de sean útiles para que mujeres y hombres accedan al empleo y permanezcan en él sin que su situación familiar sea un elemento que perjudique su empleabilidad o su acceso a puestos de responsabilidad, en especial en el caso de las mujeres trabajadoras. Y que su vez permitan que las hijas e hijos puedan ser criados por sus progenitores, que las

se tradujo en un importante incentivo para los varones, que empezaron a utilizar de manera mayoritaria sus “daddy months” (meses de papá). El “permiso de paternidad” (como el existente en España) es lo mismo que una cuota en el permiso parental para el padre. En ambos casos se trata de un periodo de tiempo de baja remunerada en exclusiva para el padre que, si este no lo utiliza, se pierde.

personas dependientes puedan ser atendidas por sus familias cuando así lo deseen, y les sea posible, porque no necesiten cuidados de profesionales sanitarios; y que den valor a los cuidados y garanticen los mismos.

En definitiva, facilitar que cualquier persona trabajadora pueda mantener al mismo tiempo una carrera profesional plena y a la vez ejercer su derecho al cuidado de su familia y a su cuidado personal.

1. Diferenciar entre conciliación y corresponsabilidad

Conciliar la vida laboral, familiar y personal es un derecho básico de la ciudadanía y debe ir más allá de los permisos laborales como solución al problema que plantea la participación simultánea en el empleo de ambos progenitores.

Las políticas públicas deben marcar su objetivo no tanto en la conciliación sino más bien en la corresponsabilidad, ya que esta última es el mejor camino para conseguir un mayor grado de igualdad entre hombres y mujeres; igualdad que no será real mientras que los hombres no asuman su parte del trabajo reproductivo y del trabajo doméstico que les corresponde.

El antiguo concepto de conciliación se mueve en un espacio excesivamente estrecho de mero equilibrio temporal articulado en torno al derecho de ausencia (permisos), sin pretensiones adicionales de implicación de otros sujetos. Esa perspectiva clásica de la conciliación tenía como objetivo el establecimiento de mejoras, supuestamente neutras, para que, fuera quien fuera la persona encargada del cuidado conforme al reparto establecido en la pareja, pudiera compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales. Resulta evidente que, un contexto supuestamente neutro como el descrito, se corre el grave riesgo de perpetuar la asunción mayoritaria femenina de las tareas de cuidado, incrementando a su vez la desconfianza empresarial frente al colectivo de mujeres en edad fértil⁹²⁰.

⁹²⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. Cit., pág. 55.

Mientras que el término corresponsabilidad pretende implicar a otros sujetos como son:

-Todos los miembros de la unidad familiar: hombres y mujeres compartiendo equitativamente el reparto de las responsabilidades familiares y domésticas. Del mismo modo que los hijos e hijas deberán participar también en las tareas domésticas y de cuidados familiares en la medida adecuada a su edad.

-Las empresas: Aplicando políticas de igualdad dirigidas a fomentar el uso de las medidas de conciliación disponibles en la empresa y en la legislación vigente de forma igualitaria entre los hombres y mujeres de la plantilla.

-Las Administraciones Públicas: Apoyando la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y diseñando políticas públicas familiares, mediante la oferta de servicios de educación infantil de cero a tres años, así como centros de día para la atención de personas dependientes; asequibles económicamente y de calidad. También los poderes públicos deben establecer medidas para prevenir y erradicar la discriminación de las mujeres basada en la maternidad y en las responsabilidades familiares, y fomentar en las empresas y organizaciones la corresponsabilidad.

-Los sindicatos: Impulsando la inserción de medidas de corresponsabilidad en la negociación colectiva.

-Las personas trabajadoras: Hombres y mujeres ejercitando su derecho a la conciliación de forma responsable.

-La sociedad: Le corresponde otorgar el valor que se merece a las tareas de los cuidados y a las personas que los imparten.

El diseño de políticas encaminadas hacia la corresponsabilidad es aún escaso en nuestro ordenamiento jurídico, pues hasta ahora se ha legislado considerando el cuidado de las personas menores y de familiares como un tema de ámbito privado dentro de la familia, no como algo que incumbe también al Estado. No obstante, según la LOI, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos *“el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”*⁹²¹. No obstante, en las últimas reformas jurídico-laborales,

⁹²¹ Artículo 14.8 LOI.

la corresponsabilidad en la atención a la familia es un concepto que prácticamente no existe, y que sin embargo es fácil de lograr⁹²².

Una de las herramientas para hacer posible la corresponsabilidad son las políticas públicas de igualdad, que deben ir enfocadas a que los hombres asuman su 50% del trabajo doméstico, de la crianza y de los cuidados de personas dependientes. Para que ello, las políticas de igualdad deben ir dirigidas hacia la sensibilización y la educación en igualdad. Educar en igualdad desde la base (educación infantil y primaria), y continuar en las siguientes etapas educativas para cambiar las actitudes en las nuevas generaciones. Uno de los objetivos pendientes de nuestro Sistema Educativo consiste en promover la igualdad entre ambos sexos. Educación para la igualdad de mujeres y hombres que por otra parte viene impuesta por el artículo 23 de la LOI⁹²³.

Otra política pública efectiva sería la realización de campañas de información a nivel institucional (Estado, CCAA y Ayuntamientos) para que los progenitores, hombres y mujeres, conozcan las medidas de conciliación y permisos laborales disponibles en nuestra legislación, y a los que tienen derecho. Así como campañas de sensibilización y concienciación dirigidas a los hombres para que participen de forma responsable en los cuidados familiares y en las tareas del hogar, y a la vez animarles a que hagan uso de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Una herramienta que está siendo eficaz en este sentido son los Planes de Igualdad, a través de ellos se están impulsando en las empresas campañas de “sensibilización” en materia de reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres, y el ejercicio indistinto por ambos de los derechos de conciliación. Y medidas para “fomentar” el uso de estas medidas por los hombres. Otra acción que se establece dentro de los planes es “la difusión entre la plantilla de la empresa de las medidas de conciliación” existentes en nuestra legislación laboral, así como las existentes en la propia empresa que han

⁹²² MORA CABELLO DEL ALBA, L.: *Un derecho del deseo, un derecho sexuado*. Editorial Icaria, 2015, pág. 14. Según la autora, profesora de Derecho del Trabajo, si en una clase de Derecho del Trabajo, por ejemplo, se consigue mediar el Derecho dominante con gracia, quizás se pueda avistar otro Derecho, un Derecho que también existe y cuyas reglas cuidan del amor, de la convivencia.

⁹²³ Art. 23 LOI: “*El sistema educativo incluirá entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres. Asimismo, el sistema educativo incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros*”.

desarrollado a través de su propio convenio colectivo o que están incluidas en el convenio sectorial de aplicación. Sin embargo, estas campañas, talleres, seminarios, jornadas, etc., se realizan fundamentalmente en grandes empresas (más de 250 personas trabajadoras) que son las obligadas a elaborar un Plan de Igualdad. Por ello, habría que establecer mecanismos para que la información y sensibilización sobre la corresponsabilidad llegaran también al personal de las PYMES. Esta tarea corresponde en primera instancia a los poderes públicos que tienen la obligación de que la corresponsabilidad llegue a todas las personas trabajadoras con independencia del tamaño de la empresa en la que trabajen.

Muchos de los progenitores de nuestro país desconocen las medidas para compatibilizar trabajo y familia que hay en nuestra legislación, así las estrategias de conciliación adoptadas por hombres y mujeres en España a veces se deben al desconocimiento.

Por otra parte, según un informe elaborado por la UNED, los progenitores españoles se enfrentan a restricciones fuertes cuando intentan conciliar empleo y familia, a pesar de ello, no se ha encontrado en este estudio una crítica explícita a las restricciones institucionales para una paternidad y maternidad compartidas, y pocas mujeres y hombres usan argumentos relacionados con la igualdad de género. Algunas de las parejas entrevistadas mencionan a los países escandinavos como un ideal de políticas públicas, pero la mayoría no saben qué tipo de alternativas existen en esos países, por lo que se concluye en el informe que hay una falta de información sobre las políticas existentes en otros contextos institucionales⁹²⁴.

⁹²⁴ JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*". Cit., pág. 46. Según un informe elaborado por la UNED los progenitores españoles se enfrentan a restricciones fuertes cuando intentan conciliar empleo y familia y el cónyuge que pretende realizar una mayor adaptación suele ser la mujer. Los hombres que desean ejercer de cuidadores también se enfrentan a sanciones sociales y a sanciones en sus lugares de empleo. A pesar de ello, no se ha encontrado en este estudio un discurso articulado desde una perspectiva de género, ni tampoco una crítica explícita a las restricciones institucionales para una paternidad y maternidad compartidas, pocas mujeres y hombres expresan ese tipo de críticas o usan argumentos relacionados con la igualdad de género. Esto puede estar relacionado con la falta de un discurso político sobre la igualdad de género, como en cambio sí existe en otros países, como por ejemplo en Suecia. En España la conciliación de trabajo y familia es un tema político secundario y los discursos van dirigidos en muchos casos a las mujeres. La creación de servicios de educación infantil para niñas/os menores de 3 años también se presenta más como una cuestión educativa que como un tema de igualdad de género. Algunas de las parejas entrevistadas en el estudio mencionan a los países escandinavos como un ideal de políticas públicas, pero la mayoría no saben qué tipo de alternativas existen en esos países, por lo que se concluye en el informe que hay una falta de información sobre las políticas existentes en otros contextos institucionales.

Por ello corresponde a los poderes públicos publicitar las medidas de conciliación existentes para que sean conocidas y disfrutadas por ambos progenitores por igual. Hay ejemplos de países que han llevado a cabo campañas publicitarias para promover la corresponsabilidad. Uno de ellos es Eslovenia donde la introducción del permiso por paternidad de “90 días” fue acompañada de una campaña de concienciación en televisión con el eslogan “papá, sé activo”. Y en Lituania, se hizo una campaña con anuncios en prensa y televisión, en donde además de animar a los padres a tomar el permiso por paternidad, se intentó concienciar a las empresas de la necesidad de introducir prácticas que faciliten disfrutar los permisos de paternidad y maternidad. Y en nuestro país en el año 2006, en el País Vasco, el Instituto Vasco de la Mujer (Emakunde), hizo una campaña bajo el lema “La igualdad te hace más hombre”. También la Consejería de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid en 2005 y 2006, hizo una campaña bajo el lema “¿Verdad que no somos tan distintos? Entonces ¿por qué no somos más iguales?”⁹²⁵.

También corresponden a los poderes públicos, eliminar los obstáculos que se plantean a la conciliación masculina. El Trabajo de investigación: *conciliación de la vida personal, laboral y familiar en clave masculina*, del Centro de Estudios, Investigación e Historia de las Mujeres “8 de marzo” de CCOO; nos permite una aproximación a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de los hombres, identificando los obstáculos y necesidades concretas en el desarrollo de la corresponsabilidad desde un punto de vista masculino. Este estudio reveló un conjunto de factores que dificultan que los hombres se incorporen en mayor medida a los cuidados, acogiéndose a los distintos permisos establecidos para la conciliación de la vida laboral, familiar y personal⁹²⁶.

Estos factores son entre otros: Las dificultades para romper con los roles establecidos; así en el ámbito familiar, encuentran actitudes críticas hacia su decisión, en cuanto a la reacción de otros hombres -amigos y compañeros-, estos ven al hombre que concilia como un afortunado que se va de vacaciones. Y la sociedad los define

⁹²⁵ ALBERT LÓPEZ-IBOR, R.; ESCOT MANGAS, L.; FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. y POZA LARA, C.: “El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España”. *Documentos de Trabajo en Análisis Económico*, volumen 7, núm. 13, año 2008, edita Colegio de Economistas de La Coruña, pág. 18.

⁹²⁶ LATTRICH, K. y BLANCO, R.: *Conciliación de la vida personal, laboral y familiar en clave masculina*. Cit., págs. 27-28, 31 y 33-34.

como “modernos” y ellos son muy conscientes del escaso prestigio social que tiene involucrarse en las tareas domésticas y del cuidado, y que la envidia expresada por amigos y compañeros no llevará a que éstos sigan su ejemplo. Por otra parte, en el trabajo perciben mayores resistencias empresariales a la hora de solicitar y disfrutar permisos por cuidado que las mujeres. Hay una clara diferencia entre empresa pública y privada, siendo más reacia a que los hombres disfruten los derechos en materia de conciliación esta última. Además, perciben una importante falta de información y confusión de conceptos sobre el derecho a la conciliación masculina, tanto de los trabajadores como del personal funcionario que tramitan los permisos por estos motivos⁹²⁷.

⁹²⁷ LATTRICH, K. y BLANCO, R.: *Conciliación de la vida personal, laboral y familiar en clave masculina*, cit., págs. 32,35,36,39,40,44 y 45. Estos factores son:

1º) En cuanto a la *participación de varones en tareas de cuidados*, los hombres reconocen que se ha producido un cambio social y es necesario adaptarse a estos cambios.

2º) En cuanto al *mantenimiento del modelo tradicional*, (la división sexual del trabajo a pesar de la incorporación de las mujeres al mercado laboral), se argumenta por una parte, dificultades para romper con la cultura que adjudica el rol reproductivo a las mujeres; y por otra parte, que son las peores condiciones laborales de las mujeres lo que las afianza en el rol doméstico.

3º) Aparece la edad como variable que influye en la percepción y adquisición de conductas novedosas, en un *nuevo modelo de masculinidad*.

4º) En el *ámbito familiar* las reacciones no siempre son positivas o neutras, sino que los varones se encuentran también con actitudes críticas hacia su decisión, especialmente en el caso de sus padres, algo que parece tener una componente generacional.

5º) La reacción de otros hombres del entorno cercano, *amigos y compañeros*, en relación a quienes concilian se expresa como de “envidia”. Sin embargo, subyace a esto el pensamiento de que el varón se ausenta del trabajo, como si de unas vacaciones se tratara. Manifiestan una falta de valoración de las tareas de cuidado que realizan.

6º) *En el discurso social*, las reacciones del entorno hacia el varón que es corresponsable y se implica en las tareas de cuidado son diversas. Destaca en los discursos de los hombres en primer lugar, la sorpresa con la que se encuentran en diferentes ambientes lo que pone de relieve lo poco naturalizado que está todavía este comportamiento. Un término repetido con el que se les denomina es el de ser “modernos”. Sin embargo, los hombres no encuentran apropiado este término, ya que parece estar ligado a una connotación despectiva o al menos poco positiva en este contexto. Los hombres que concilian son muy conscientes del escaso prestigio social que supone involucrarse en mayor medida en las tareas domésticas y del cuidado y que la envidia expresada por amigos y compañeros no llevará a que éstos sigan masivamente su ejemplo.

7º) *En cuanto a la actitud en el ámbito laboral*, un elemento central son los obstáculos que los hombres encuentran en las empresas. A la falta general de conciencia sobre la importancia de garantizar una conciliación satisfactoria a las personas que trabajan en sus empresas, se une el hecho de que los varones perciben *mayores resistencias empresariales* a la hora de solicitar y disfrutar permisos por cuidado que las mujeres. Las *respuestas de la empresa* dependen del entorno y varían entre no poner resistencia, a un rechazo marcado que puede acarrear graves consecuencias para el trabajador, incluso en términos de acoso laboral. Se señala claramente la *diferencia entre empresa pública y privada*, subrayando la actitud reacia de ésta última a que los hombres puedan disfrutar de los derechos establecidos en materia de conciliación.

8º) *Des-información*, afirman de forma recurrente el escaso conocimiento de las distintas medidas de conciliación, permisos por cuidado y sus condiciones en la sociedad y particularmente entre los varones. Se percibe una importante falta de información y confusión de conceptos sobre el derecho a la conciliación de los varones, tanto de los trabajadores como de los funcionarios que tramitan los permisos por estos motivos.

En el mismo sentido, otro trabajo de investigación realizado por la Universidad de Valladolid en 2010, concluye que los permisos parentales son una estrategia destinada exclusivamente a las mujeres ya que la mayoría de los hombres dicen que estarían “mal vistos” si se acogieran al permiso por paternidad más allá de los quince días establecidos por Ley⁹²⁸.

Sin embargo, esto no es un problema únicamente español, también sucede en otros países de nuestro entorno, como pone de manifiesto un estudio del sindicato alemán ver.di que se propuso investigar en las empresas sobre la falta de concordancia entre intención de conciliar y realidad, centrándose en varones que habían cogido un permiso parental, excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas. Los resultados revelaron que mientras que el proceso formal de solicitar la excedencia o reducción de jornada transcurrió en la gran mayoría de los casos sin problemas – también porque suponía una reducción de costes en recursos humanos para las empresas- las reacciones de su entorno directo en su lugar de trabajo fueron notablemente más adversas. Los hombres experimentaron desde la falta de comprensión y prejuicios hasta la discriminación abierta y marginalización en sus empresas. La reducción del tiempo de trabajo se interpretaba como un atrevimiento, el hombre que conciliaba vida laboral y familiar “era considerado vago”. Compañeros y superiores directos no reconocían las responsabilidades familiares como motivo legítimo para reducir el tiempo invertido en el trabajo y los hombres se sentían con la necesidad constante de justificarse⁹²⁹.

9º) *La falta de estabilidad en el empleo y la precariedad laboral* van claramente en contra de que los varones, ya que existe un temor importante a sufrir castigos, el despido incluido, al acogerse a permisos o reducciones de jornada por cuidado.

10º) Diferencias según *el sector de actividad* en la aceptación de una mayor incorporación de los hombres a las medidas de conciliación. La percepción es que especialmente en sectores muy masculinizados, como el de la construcción, pueden existir mayores problemas en este sentido.

11º) La disponibilidad de los trabajadores en términos generales y, al menos aparentemente, de los varones en particular está estrechamente ligada con la cultura de la presencia que domina en la mayoría de los centros de trabajo y que es también contraria a una mayor incorporación de los varones a las medidas de conciliación que justamente cuestionan este *presencialismo*.

Todos los varones que participaron en el estudio manifestaron, pese a las dificultades con las que se han encontrado, su satisfacción por haber tomado la decisión de estar más presente en el cuidado de sus hijos e hijas y subrayaron las experiencias positivas que ello les aporta. En este sentido, queda patente que la incorporación de los varones al trabajo de los cuidados, esencial para avanzar hacia la igualdad real, supone una ganancia importante, también para los hombres.

⁹²⁸ MORENO MINGUEZ, A.: *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Cit., pág. 146.

⁹²⁹ LATTRICH, K. y BLANCO, R.: *Conciliación de la vida personal, laboral y familiar en clave masculina*, Cit. Pág. 11.

Esto evidencia la importancia de que las campañas de concienciación deben ir dirigidas a las empresas, las familias y la sociedad en su conjunto, para evitar con ello que los hombres que deciden implicarse en la crianza o los cuidados de familiares también salgan perjudicados, como les sucede a las mujeres.

“En las últimas décadas las mujeres han luchado contra los estereotipos de género que las expulsaban del mercado laboral, pero si a los esfuerzos de las mujeres no se unen los esfuerzos de los hombres, la igualdad no se conseguirá. Y es que los hombres deben luchar contra los estereotipos que los expulsan del cuidado de los hijos e hijas. Cuando se trata de manera perjudicial a un trabajador por el hecho de ser padre, se están perpetuando los odiosos estereotipos de género que sustentan los tratamientos discriminatorios contras las mujeres. Frente a esta situación, el Estado debe promover que las personas se realicen sin que los condicionantes de género coarten el libre desarrollo de su personalidad. No es, en consecuencia, una casualidad que, en el artículo 44.1 de la LOI, se afirme que *los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*”⁹³⁰.

2. La adaptación de la jornada como medida de conciliación

Tras analizar los efectos negativos de la reducción de jornada en el capítulo IV, se puede concluir que quizás esta no sea la solución más adecuada para compatibilizar trabajo y familia, siendo más recomendable la distribución de la jornada laboral de forma que posibilite la conciliación laboral y familiar⁹³¹.

La LOI introduce esta cuestión en el artículo 34.8 del ET que establece que “*el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y*

⁹³⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Cit. Págs. 85-86.

⁹³¹ Sobre los efectos de la distribución flexible del tiempo de trabajo en la conciliación de la vida personal y laboral, véase FERRANDO GARCIA, F.: “Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015, págs. 107-126.

laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella”.

Se necesita de la intermediación de un pacto colectivo o individual. Se convierte al CC colectivo en una herramienta para que el tiempo de trabajo no sea un obstáculo insalvable que impida a mujeres y hombres atender sus obligaciones personales y familiares. “La adaptación” se puede referir a la duración (lo lógico es entender que se alude a la reducción) y en cuanto a “la distribución” el pacto puede contemplar el horario, la aplicación del horario flexible, y otras fórmulas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa⁹³². Sin embargo, si la adaptación de la jornada no está prevista en el CC, y no hay acuerdo individual entre empresa y la persona trabajadora, ante una posible negativa por parte de la empresa, la norma no contempla que en caso de discrepancia con la empresa corresponde resolver a la jurisdicción social, como si se especifica en el art. 37.7 ET para la reducción de jornada.

El art. 34.8 ET impide superar la percepción demasiado generalizada de que el cuidado familiar no es responsabilidad empresarial, sino que pertenece a la esfera individual y familiar, este artículo reduce la eficacia del derecho a la conciliación familiar situándolo en un nivel inferior al derecho a la organización empresarial, condicionando en todo caso su ejercicio a lo establecido en el convenio colectivo⁹³³.

Por otra parte, a partir de la entrada en vigor de la LOI, toda modificación de la distribución de la jornada de trabajo, sin reducción de la misma, debe articularse a través de dicho artículo 34.8 y no del art. 37.6 ET (reducción de jornada). La redacción del art. 34.8 no faculta unilateralmente a la persona trabajadora para la adaptación de jornada, sino que se realiza a través de la negociación colectiva o al acuerdo con la empresa. Se trata de dos supuestos esencialmente distintos. En caso de reducción de jornada, esta puede ser cubierta con un contrato de interinidad a tiempo parcial, en cuyo caso el conflicto de intereses únicamente afecta a la persona trabajadora que pretende conciliar trabajo y familia, y a la empresa, pero no tiene por qué afectar al resto de la plantilla. En cambio, con la distribución de la jornada, no se produce un déficit laboral

⁹³² LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”. Cit. Pág. 28.

⁹³³ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. Cit., pág. 66.

en la empresa al no haber una minoración del tiempo de trabajo, lo que supone que el cambio en la distribución del trabajo puede afectar al resto de la plantilla (por ejemplo, si una trabajadora o trabajador deja de hacer el turno de noche por tener responsabilidades familiares, este turno tendrá que ser asumido por quienes no las tengan). Por otra parte, la persona que solicita esta medida no sufre ninguna merma en su retribución. Estas diferencias esenciales justifican el diferente tratamiento legal de una y otra⁹³⁴.

Con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁹³⁵ se añade un nuevo párrafo al art. 38.8 ET: “*A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*”.

Se anima a la utilización de la jornada continuada, el horario flexible y otras formas de organización del tiempo de trabajo y de los descansos. No obstante, aunque está comprobado que la flexibilización de los horarios ayuda considerablemente a compatibilizar la vida laboral y familiar, en este punto se observa un sesgo de género ya es una opción a la que sólo se acogen las mujeres⁹³⁶.

Por otra parte, la norma manifiesta que la flexibilización de los horarios no solo debe permitir la conciliación sino que además debe permitir “la mejora de la productividad” en las empresas, la norma aboga por la defensa de la productividad y el rendimiento empresarial, pues la conciliación, no sólo debe no perjudicar la productividad empresarial, sino que debe mejorarla.

Por otra parte, la misma norma⁹³⁷ introduce que “*mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto*

⁹³⁴ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares”, cit., págs. 11-12.

⁹³⁵ Art. 9, Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁹³⁶ MORENO MINGUEZ, A.: *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Cit., pág. 145.

⁹³⁷ Art. 9 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”⁹³⁸. En sentido contrario apuesta por una distribución irregular del 10% de la jornada a instancia de la empresa (lo que supone en torno a las 165-170 horas), lo que dificulta el derecho a la conciliación de las personas trabajadoras. Eso sí con dos únicas condiciones: preavisarles con al menos cinco días de antelación y respetar los períodos mínimos de descanso diario y semanal legalmente previstos⁹³⁹.

Debido a que el factor tiempo es el principal elemento de conflicto entre la vida laboral y la familiar, la regulación del tiempo de trabajo y su distribución suele ser uno de los métodos más demandados como medida de conciliación. Según las respuestas de las directivas encuestadas por Adecco, el 78,3% de las encuestadas cree que ostentar un cargo directivo es compatible con un horario flexible, mientras que un 21,7% opina lo contrario⁹⁴⁰. Asimismo, según un informe de la Universidad de Valladolid, realizado en torno a las estrategias de conciliación adoptadas por hombres y mujeres en España; destaca que todas las personas entrevistadas coinciden en que la mejor política de conciliación es aquella que flexibiliza los horarios laborales, regula los tiempos de trabajo y permite por tanto ajustar los horarios a los miembros de la pareja en función de los horarios escolares⁹⁴¹.

Pero en qué grado las empresas españolas toman en consideración las peticiones de adaptación de la jornada de su personal. Según la EPA en el año 2010, el 11,9% de las personas asalariadas fijó su horario de trabajo aunque solo fuera en parte, para el 88,1% restante fue determinado por la empresa. En cuanto a la posibilidad de modificar el horario, al inicio o a la finalización de la jornada y en al menos una hora, por razones familiares, el 6,1% de los hombres tienen un horario flexible frente al 6,7% de las mujeres. Y en cuanto a la posibilidad de modificarlo, un 20,1% de los hombres y un

⁹³⁸ Art. 34.2 ET.

⁹³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Cit., pág. 58.

⁹⁴⁰ ADECCO. IV ENCUESTA ADECCO A MUJERES DIRECTIVAS. Cit., Pág. 5.

⁹⁴¹ MORENO MINGUEZ, A.: *Los dilemas de la compatibilidad laboral y familiar en el marco de las políticas familiares: incidencia sobre el empleo femenino y la división del trabajo familiar en España en perspectiva comparada*. Cit., págs. 130-132. Los varones subrayan el hecho de que para ellos la conciliación no es posible porque todo está supeditado al trabajo y a los horarios laborales. Y las mujeres consideran que es imposible compatibilizar porque o bien te dedicas al trabajo o la familia, pero es imposible estar al cien por cien a todo. En la mayoría de los casos destacan la flexibilidad y la reducción de jornada como instrumentos idóneos para conciliar la vida familiar y laboral.

18,3% de las mujeres declaran que rara vez pueden hacerlo; y a un 28% de los hombres y un 27,1% de las mujeres no les es posible modificar su horario⁹⁴². Por tanto estas cifras denotan la poca flexibilidad horaria que opera en nuestras empresas.

Por otra parte, está el caso especial de quienes trabajan en puestos directivos donde la duración de la jornada laboral suele ser muy extensa, y la situación más habitual es trabajar a tiempo completo, mientras que la jornada a tiempo parcial es más frecuente entre las directivas y empresarias, que entre los hombres. Relacionado con esto, la dedicación horaria de los hombres –que en términos generales es elevada en esos puestos de trabajo- es superior a la de las mujeres. Ambas circunstancias plantean importantes cuestiones acerca de la conciliación de la vida familiar y laboral, y sobre la desigualdad en las condiciones para la promoción profesional⁹⁴³.

A todo lo expuesto anteriormente, se añade que, la rigidez de los horarios en el empleo unido a las necesidades de atender las obligaciones familiares hace que las mujeres reduzcan su tiempo de ocio y el tiempo dedicado a sus necesidades personales, usando estos tiempos como variable de ajuste entre vida laboral y familiar.

Así, “la flexibilidad horaria” se presenta como una medida de conciliación muy eficaz, pues en contra de lo que plantean medidas de conciliación como la reducción de jornada o la excedencia que garantizan la ausencia prolongada de la relación laboral, conciliar no tiene que suponer trabajar menos, sino hacerlo de forma diferente, para ello hay otras opciones que garantizan una mayor presencia o una no ausencia de las personas trabajadoras.

En este sentido, el Informe "Diez años de conciliación en España (1999-2009)", concluye que la clave para la conciliación entre trabajo y familia es la flexibilidad, tanto en el tiempo como en el espacio. Y que estas políticas son las más demandadas por los empleados y empleadas, aunque algunas empresas todavía siguen resistiéndose a generalizarlas, porque temen las dificultades organizativas que su puesta en práctica

⁹⁴² ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, Año 2010. Cit., pág. 3.

⁹⁴³ CASTAÑO COLLADO, C. (investigadora principal), VVAA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, *Mujeres y poder empresarial en España*. Cit., pág. 121.

supone⁹⁴⁴.

A pesar de las reticencias empresariales, buena parte de las medidas de flexibilidad horaria no suponen grandes perjuicios para las organizaciones, pues no generan costes económicos, la clave está en una buena organización empresarial.

Dentro de la flexibilidad horaria hay varias modalidades que son muy útiles y son fácilmente aplicables:

a) Los horarios flexibles con ajustes en hora de entrada y salida del lugar de trabajo. Siendo fundamental establecer una franja horaria, por ejemplo, entrar entre las 8 y las 10 de la mañana y ajustar así mismo la salida para no provocar una desorganización.

b) La semana laboral comprimida. Se trata de trabajar más horas algunos días de la semana a cambio de hacerlo menos en otros. En España esta medida está bastante extendida en algunos sectores (trabajos en oficinas y despachos), con la prolongación de la jornada de lunes a jueves para los viernes no trabajar por la tarde.

c) La jornada intensiva. Normalmente la jornada intensiva se realiza por la mañana lo que hace que se ajuste el horario de los progenitores con el horario escolar. Práctica en España extendida en algunos sectores, como el funcionariado, y en algunas empresas privadas durante los meses de verano, fiestas de Semana Santa y Navidad; cuestión que se podría generalizar para todos los sectores pues coincidiría con las vacaciones escolares.

d) Crédito de horas. Permite faltar algunas horas e incluso algunos días a la persona trabajadora, horas que deberá a la empresa y que tendrá que recuperar más adelante.

e) Banco de horas. Consiste en acumular horas extras por un periodo de tiempo (anual, trimestral, mensual, etc.) que pueden utilizarse para disponer de determinados días libres para asuntos personales, de forma análoga a lo establecido en

⁹⁴⁴ CHINCHILLA, N. y LEÓN, C.: *Diez años de conciliación en España (1999-2009)*. Centro Trabajo y Familia del IESE. <http://www.thefamilywatch.org/act-2inf-es.php>. Consultado el día 1-10-2013. Realizado con una muestra de 5.000 empresas que pretendía recoger los avances que se han producido a lo largo de estos 10 años, las buenas prácticas de las empresas en España y las medidas de conciliación que se están adoptando en los países de la Unión Europea.

el art. 34.2 ET, que contempla la compensación de las diferencias entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria⁹⁴⁵.

f) Que prime la dirección por objetivos a las horas de presencia. España está entre los países de Europa menos productivos, sin embargo en otros países más productivos que el nuestro a las cinco de la tarde han terminado su jornada laboral.

g) Que algunas empresas fuesen más estrictas en el cumplimiento de la jornada legalmente establecida (40 horas semanales), pues en algunas se alarga la jornada más allá de la legalidad y lo establecido en el contrato de trabajo.

h) La introducción de horarios laborales más acordes con la vida privada de las personas trabajadoras.

En definitiva, todas estas medidas no tienen ningún coste económico y contribuyen a reducir el absentismo laboral y a incrementar la motivación de la plantilla. Si se hace una adecuada gestión del tiempo de trabajo, estas eventuales modificaciones de la duración del tiempo de trabajo no tienen por qué alterar la productividad.

3. Medidas de conciliación propias de las empresas

La asunción de la responsabilidad social de las empresas españolas con la conciliación sigue estando pendiente aunque se están viendo algunos avances. La mayor parte solo cumplen con las medidas impuestas legalmente, y son minoritarias las empresas que ofrecen medidas conciliadoras más allá de las legalmente establecidas, a través de sus propios convenios colectivos o planes de igualdad.

Facilitar la conciliación es considerado por las empresas españolas como un coste que no quieren asumir o consideran lo tiene que asumir el Estado, como lo hace con las prestaciones por maternidad y paternidad. Por otra parte, las mujeres ante la necesidad

⁹⁴⁵ Art. 34.2 ET: “La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”.

de buscar un equilibrio entre el ámbito profesional y personal, son las encargadas de “aplicar” las políticas de conciliación en sus empresas⁹⁴⁶.

Por otra parte, según refleja una encuesta realizada en 2014 por la Consultora Adecco a una muestra de 400 mujeres directivas procedentes de diversos sectores de actividad, el 60,5% desarrolla su profesión en una multinacional, el 27,9% lo hace en una PYME y el 11,6% en una gran empresa. Las directivas españolas opinan que respecto a las medidas de conciliación parece que las empresas siguen sin dar con la fórmula más acertada. Junto con la flexibilidad horaria, plantean una medida que cada vez es más común en las empresas, el teletrabajo⁹⁴⁷.

Con “la flexibilización del lugar de trabajo mediante el teletrabajo”, se trata de facilitar al personal de la empresa la posibilidad de trabajar desde casa, gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; aunque esta posibilidad está limitada a ciertos empleos. Regulada esta forma de trabajo en el art. 13 ET: *“Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”*.

Entre las principales ventajas del teletrabajo, están: Para la empresa, el ahorro en los costes de un puesto de trabajo físico. Mientras que para las personas trabajadoras, la ventaja está en que se eliminan los desplazamientos al centro de trabajo, y la posibilidad de organizar su tiempo.

Sin embargo, el teletrabajo también ofrece algunos inconvenientes para las

⁹⁴⁶ CASTAÑO COLLADO, C. (investigadora principal), VVAA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, *Mujeres y poder empresarial en España*. Cit., pág. 170.

⁹⁴⁷ ADECCO. VI Encuesta Adecco a Mujeres Directivas. Madrid, 1 de diciembre de 2014. <http://www.adecco.es/data/NotasPrensa/pdf/629.pdf>. Consultada el 3-1-2016. Págs. 4-5. Pues, 3 de cada 4 encuestadas cree que solicitar una jornada reducida puede perjudicar a su permanencia en la empresa o a su promoción profesional (si bien es cierto que este valor cae 10 puntos porcentuales con respecto al anterior estudio realizado por esta compañía). Otra de las opciones planteadas para poder equilibrar trabajo y vida privada y que cada vez es más común en el entorno empresarial es el teletrabajo, si bien un 48,8% apuesta por el teletrabajo total, porque considera que lo importante es trabajar por objetivos, independientemente de la presencia en el lugar de trabajo, hay un 39,5% que apuesta por combinar teletrabajo con jornada presencial. En cualquier caso, la idea que sí parecen tener muy clara las encuestadas por Adecco es que la responsabilidad de un alto cargo es totalmente compatible con un horario laboral flexible, así lo afirma el 96,2%.

personas que trabajan a distancia como son, el aislamiento social (del resto de la plantilla, clientela, etc.), y reduce las posibilidades de promoción y de formación de las personas trabajadoras. Aunque en este sentido el ET dispone que la empresa debe asegurarles el acceso a la formación profesional con la finalidad de favorecer su promoción profesional, y con este fin, debe informarles de la existencia de puestos de trabajo vacantes en sus centros de trabajo para su desarrollo presencial⁹⁴⁸; es más probable que en la práctica se promocióne antes a la trabajadora o trabajador que está presente, pues da la sensación de que está más disponible para la empresa. Quizás lo más recomendable sería combinar teletrabajo con trabajo presencial.

Otra medida fácil y sin coste económico para las empresas es fomentar el uso de “los permisos por maternidad y paternidad a tiempo parcial”, hay que recordar que el disfrute de forma parcial necesita el previo acuerdo de la empresa. Facilitar e incentivar esta opción a los progenitores, tiene múltiples beneficios, pues para quienes los disfrutan se alarga la duración del permiso teniendo más tiempo para la crianza. Y para las empresas, pues no se desprenden del capital humano que sigue trabajando aunque no sea a tiempo completo. Esta opción es muy ventajosa sobre todo para las microempresas donde al tener una plantilla tan reducida desprenderse de forma total de una persona trabajadora puede causar graves perjuicios a la producción.

De otra parte, están las medidas de conciliación que tienen un coste económico, y que no todas las empresas tienen las mismas facilidades para implantar:

- a) La implantación de permisos laborales propios. Se trata de días libres remunerados o no, distintos de los legalmente establecidos.
- b) Prestaciones sociales de la empresa. Tales como guarderías, salas de lactancia o comedores en las instalaciones de la empresa.

Sin embargo, las empresas que tienen sus propias medidas de conciliación pueden obtener beneficios derivados de la reducción de costes que la conciliación podría provocar. Así, algunas empresas comienzan a ver los beneficios de la adopción de medidas de conciliación en las políticas de responsabilidad social de sus empresas. En los últimos años se está introduciendo el concepto de “empresas familiarmente

⁹⁴⁸ Art. 13.3 ET.

responsables” (EFR). Se trata de una certificación emitida por algunas organizaciones, una de ellas es la Fundación Másfamilia que expide un sello de calidad que certifica que la empresa que lo consigue apuesta por la conciliación de la vida familiar y laboral, el apoyo en la igualdad de oportunidades y a la inclusión de los más desfavorecidos.

El Modelo “efr empresa”, es una herramienta de gestión que aporta una metodología sencilla y eficaz que posibilita los procesos de conciliación en las empresas grandes, medianas y pymes. Son muchos los beneficios asociados al diseño, implantación y certificación de un proceso efr en una organización, si bien los más comunes son la mejora de la reputación y marca (asociado a la Reputación Corporativa, fortalece y trasmite la imagen de compromiso con sus empleadas, empleados y la sociedad) y la atracción y retención de talento (reforzando el compromiso para con su personal y mejorando su potencial de atracción como empleador o empleadora excelente)⁹⁴⁹.

Según un Informe del Observatorio EFR (formado por Fundación más familia, EOI Escuela de Organización Industrial y Tatum consultoría), titulado “Absentismo laboral: el colesterol de la empresa”; las organizaciones empresariales pueden tener enfermedades de distinto tipo, como el colesterol. “El absentismo laboral podría ser el colesterol de las empresas”, en este caso las medidas de conciliación que tiene la empresa, es el “absentismo conciliador o positivo”, es decir, el colesterol bueno⁹⁵⁰.

La solución al problema de la conciliación es plantear las relaciones laborales dentro del entendimiento mutuo entre las partes implicadas (empresas y personas trabajadoras con responsabilidades familiares) y no dentro del conflicto. Conciliar significa poner de acuerdo a dos o más personas, y en el caso de la vida laboral y

⁹⁴⁹ FUNDACIÓN MÁSFAMILIA. <http://www.masfamilia.org/>. Consultado el día 20-01-2016.

⁹⁵⁰ MARTÍNEZ, R.; VALLEJO, C.; y DE SAN ANDRÉS, E.: *Absentismo laboral: el colesterol de la empresa*. Cit., págs. 29-30. “El colesterol es una sustancia que el cuerpo necesita para su normal funcionamiento, pero en exceso puede ser perjudicial, este colesterol es el “malo”, pero también existe un colesterol “bueno”, y en este caso sus niveles elevados tienden a ser beneficiosos y protegen al organismo. El absentismo laboral podría ser el colesterol de las empresas, ya que podemos distinguir distintos tipos de absentismo y no todos ellos son “malos”. Por un lado, está un absentismo comúnmente aceptado, y probablemente el más habitual que podríamos llamar “legal o tradicional”, sería aquel justificado por causas médicas como son las bajas por enfermedad o accidente. Y un segundo tipo de absentismo, y que muchas empresas optan por no incluir dentro de sus índices de absentismo, sería aquel provocado por las medidas de conciliación que tiene la empresa, es el “absentismo conciliador o positivo”.

familiar hacer compatibles ambas cosas⁹⁵¹. Esto supone intentar conducir las extensas jornadas de trabajo españolas, el famoso presentismo, hacía otras formas de trabajo más compatibles con la vida familiar, donde no se pierde capital humano.

Precisamente para evitar la pérdida de capital humano, en este caso, el talento femenino, dos grandes multinacionales, Facebook y Apple, han planteado una polémica propuesta ofreciendo a sus empleadas la congelación de sus óvulos para retrasar su maternidad, y atraer talento femenino a sus equipos de trabajo. Con ello pretenden que las mujeres no tengan que elegir entre la carrera profesional y la maternidad, y que inviertan más tiempo de su edad fértil en el trabajo pero sin sacrificar sus deseos de convertirse en madres. A pesar de lo irracional de esta medida, lo que pretenden estos dos gigantes de la tecnología es atraer a más mujeres talentosas al sector tecnológico y eliminar la brecha de género, pues las cifras de empleo femenino en este campo son todavía muy bajas; Google, no llega al 30% y en Twitter y Yahoo se da una cifra muy similar y Facebook no aporta esos datos⁹⁵². Sin embargo, esta medida sólo viene a confirmar que para estas empresas “la carrera profesional y la maternidad son incompatibles”. Estas prácticas empresariales que intentan retrasar la maternidad de sus trabajadoras abren un debate de doble moral. Por un lado, se las invita a ser madres y se les dan facilidades para ello; y por otro, se las invita a aplazar la maternidad para llevarla a cabo cuando a la empresa le cause menos perjuicio y ellas se hayan promocionado; y a cambio la empresa corre con el gasto.

Las empresas también se benefician de una aportación que hacen las mujeres al trabajo y que supera al beneficio empresarial, “se habla ya de feminización del trabajo, pero qué quiere decir eso. ¿Es únicamente una alusión al dato cuantitativo? o ¿se está hablando, además, de una verdadera revolución en el trabajo donde la mujer aporta algo que tiene que ver con su propio hecho de ser mujer y su sabiduría en torno a la creación y recreación de la vida? Ese algo tiene que ver con la decisión de algunas de pronunciar libremente un doble sí: un sí a la maternidad y un sí al trabajo. Un sí que está cambiando el mundo porque hoy es impensable un mercado laboral sin mujeres o con

⁹⁵¹ Según definición del Diccionario de la Lengua Española. www.rae.es. Consultado el día 21-04-2016.

⁹⁵² JIMENEZ CANO, R.: “Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas”. *El país. Tecnología*. San Francisco 15-10-2014. http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html. Consultado el día 20-01-2016.

“mujeres a medias” y porque la maternidad nace del deseo y es una responsabilidad que corresponde a cada hombre y a cada mujer”⁹⁵³.

4. Propuesta de mejora de las actuales medidas de conciliación

Una de las medidas para conseguir la plena conciliación entre la vida laboral, personal y familiar es igualar los tiempos que dedica cada uno de los sexos a cada uno de los ámbitos. Una adecuada legislación laboral es fundamental en este sentido, sin embargo, las dos normas más importantes que han regulado la conciliación en nuestro Ordenamiento Jurídico, tienen algunas deficiencias que impiden la asunción de responsabilidades familiares por parte de los hombres.

Así, la Ley de Conciliación, por ejemplo, amplió la cesión del permiso por maternidad hasta diez semanas para disfrute paterno, en lugar de instaurar el permiso por paternidad. Más tarde este error fue solucionado con la LOI al instaurar el permiso por paternidad como medida de conciliación masculina. Sin embargo, la LOI también presenta algunas carencias respecto a la corresponsabilidad, pues no fomentó el disfrute masculino de la reducción de jornada o de la excedencia.

Para ello se presenta una propuesta de medidas cuya implantación es necesaria para conseguir la implicación paterna:

a) “En el ámbito de la reducción de jornada por guarda legal y de la excedencia para cuidado de hijos o hijas, privilegiando el disfrute conjunto frente al disfrute exclusivo –por ejemplo, asociando un subsidio económico a la reducción de jornada simultánea ejercida por ambos progenitores-.

b) En el ámbito de la reducción de jornada y de la excedencia para el cuidado de familiares eliminando la referencia al parentesco por afinidad como generador de derecho -o, cuando menos, limitando esta posibilidad a determinados casos justificados, por ejemplo, la incapacidad del cónyuge-⁹⁵⁴.

⁹⁵³ MORA CABELLO DE ALBA, L.: “Del malabarismo cotidiano a una nueva civilización más allá de la igualdad: La re-conciliación de la vida laboral y familiar”. *Revista de Derecho Social*, núm. 37, Bomarzo, 2007, pág. 1-2.

⁹⁵⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Cit., pág. 74.

c) En caso de reducción de jornada por guarda legal de una persona menor de 12 años, ampliar la cotización efectiva al 100%, hasta los tres años (edad que comienza la escolarización), con la condición de que ambos progenitores reduzcan su jornada y por el mismo número de meses.

Por otra parte, recurrir a una excedencia por cuidado de familiares tiene consecuencias negativas, en varias prestaciones del sistema de Seguridad Social (algunas de ellas vitalicias); consecuencias que podrían evitarse considerándose como cotizada a la Seguridad Social la totalidad de la excedencia. Aunque quizás sería más adecuado para las personas trabajadoras contar con un servicio público con precios asequibles y plazas suficientes que garantice el cuidado y atención de menores y de mayores dependientes, para no tener que recurrir a esta medida de conciliación.

4.1. Modificación del permiso por lactancia

El actual permiso por lactancia ya no cumple con la finalidad con la que fue creado en 1900, la lactancia materna en el centro de trabajo y la alimentación de las criaturas mediante la lactancia natural en exclusiva. En la actualidad, el propósito del permiso no es la “lactancia” ya sea natural o artificial, ahora este permiso se utiliza para atender los cuidados especiales que requiere la criatura en sus primeros días de vida, por ello el permiso de lactancia puede ser disfrutado por el padre. Esto junto con la posibilidad de acumularlo en jornadas completas, hace que el permiso de lactancia hoy en día no cumpla con la misión para la que fue creado.

Por otra parte, las empresas se ven obligadas a asumir los costes salariales y las cotizaciones sociales de todo el permiso de lactancia. Si tenemos en cuenta que cada vez es más frecuente la totalización de este permiso que generalmente llega a sumar aproximadamente 15 días o más, en función de lo que determine el Convenio Colectivo o el Plan de Igualdad aplicable en la empresa, sería recomendable descargar a las empresas de este gasto, para evitar así que estas discriminen a las madres trabajadoras que hacen uso de la licencia.

Por tanto, lo conveniente sería “suprimir la acumulación de jornadas”, cuya finalidad principal es la prolongación del permiso materno y también del paterno. No

obstante, para eliminar la posibilidad de acumular jornadas es necesario que previamente se haya llevado a cabo la ampliación del permiso por paternidad hasta 16 semanas, así ambos progenitores estarán de permiso remunerado íntegramente por la Seguridad Social durante 32 semanas (8 meses) -tiempo superior al recomendado por la OMS para la lactancia materna en exclusiva-. De manera, que la lactancia podría ser suministrada por ambos progenitores, pues el padre podrá dar la leche materna al bebé mediante biberón, leche que previamente ha sido extraída y conservada mediante refrigeración.

No obstante, no se trata de privar a las madres de su derecho a ejercer la lactancia materna, -pues contribuye a la salud de la madre y de la criatura lactante, además de crear un vínculo materno-filial⁹⁵⁵-, sino de que este derecho, lo hagan posible a través de otro mecanismo, para ello se podría mantener el derecho de las trabajadoras “a una hora de ausencia del trabajo”, divisible en dos fracciones, e incrementada proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, “siempre y cuando que en las empresas existan salas de lactancia y la lactancia se lleve a cabo en ellas”. Pues difícilmente se puede llevar a cabo la lactancia si esta se tiene realizar en el domicilio de la trabajadora aun cuando este no quede lejos del centro de trabajo. Asimismo, la lactancia se haría posible en empresas que cuentan con guardería pues la madre tendría a la criatura cerca para hacerla efectiva. Además existe la posibilidad de que el padre que estará de permiso por paternidad pueda llevar al bebé hasta la empresa para que la madre lo amamante.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que si en el lugar de trabajo no hay ayuda para la lactancia, la actividad laboral y la lactancia se hacen incompatibles. Las interrupciones para la lactancia (tanto el acto de amamantar como la extracción de leche materna cuando la criatura no se encuentra en el centro de trabajo), forman parte de las normas internacionales sobre protección de la maternidad desde 1919. El Convenio núm. 183 de la OIT deja a criterio de los países determinar la duración y el número de

⁹⁵⁵ En este sentido, puede verse, MORA CABELLO DE ALBA, L.: “El trabajo y la maternidad de las mujeres en un espacio único de tiempos múltiples”. *Revista DUODA*, vol. 40, 2011, pág. 170. Según la autora, “las mujeres que optan por la lactancia natural –no siendo una opción-, nos dicen, se dicen y les dicen a sus bebés, que no pasa nada que mamá está ahí. Que a pesar de la locura de la forma de organización del trabajo y la vida actual, impuesta por el capitalismo patriarcal, a pesar de que cada día tengan que ir a trabajar tantas horas o no tantas, están dispuestas a alimentar a sus criaturas con lo mejor de sí, sin prisas”.

interrupciones. La vigencia del derecho a interrupciones remuneradas para la lactancia es fundamental para que las mujeres puedan amamantar según sus preferencias, y de conformidad con las recomendaciones de la OMS – a saber, lactancia natural exclusiva durante los primeros seis meses de vida, y lactancia materna combinada con alimentos hasta los dos años o más⁹⁵⁶, sin embargo con un permiso como el español, se hace imposible la lactancia materna fuera del lugar de trabajo.

Al mismo tiempo la Recomendación núm. 191 de la OIT sugiere la provisión de instalaciones higiénicas para la lactancia materna en el lugar de trabajo o cerca del mismo. Y la Recomendación sobre la protección de la maternidad anterior, 1952 (núm. 95) sugiere que las instalaciones para la lactancia y el cuidado infantil durante la jornada sean financiados, o al menos subvencionados, en virtud de un sistema de seguro social obligatorio. En la práctica, sin embargo, las disposiciones nacionales (como es el caso de España) por lo general atribuyen la totalidad del costo a las empresas. En 2013, Argentina frenó dicha tendencia, y adoptó una ley que promueve la lactancia natural y estipula que todos los costos de aplicación, incluidos los de las instalaciones en el lugar de trabajo, se financiarán con cargo a fondos públicos⁹⁵⁷.

Así, Argentina con su Ley 26.873-Salud Pública. Lactancia Materna. Promoción y Concientización Pública, promulgada de hecho el 05/08/2013 (Boletín Oficial 07/08/2013); cuyo objetivo es la promoción y la concientización pública acerca de la importancia de la lactancia materna y de las prácticas óptimas de nutrición segura para lactantes y niños y niñas de hasta dos años, de ejemplo a otros países. Dentro de sus objetivos está *“promover la normativa necesaria para la protección de la madre trabajadora en período de lactancia y el establecimiento de lactarios en los lugares de trabajo”*. Por otra parte, según su artículo quinto, *“los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley deben ser atendidos con las partidas que al efecto destine en forma anual el Presupuesto General de la Administración Pública para el Ministerio de Salud de la Nación”*⁹⁵⁸. Es decir, que la financiación de estas salas de lactancia será asumida por el Ministerio de Salud; Argentina no ve el problema de la

⁹⁵⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., Pág. 14.

⁹⁵⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., Pág. 15.

⁹⁵⁸ Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina. Ministerio de Salud. http://www.legislaud.gov.ar/atlas/categorias/lactancia_materna.html, consultado el día 29-01-2016.

lactancia materna como un problema de conciliación de la vida laboral y familiar, sino que le da el tratamiento de un conflicto que afecta a la salud nacional.

Si lo trasladamos a nuestro ordenamiento jurídico y observamos la lactancia materna desde el mismo prisma, como un tema de salud pública, y le añadimos los beneficios que puede aportar a la conciliación laboral, se hace recomendable un sistema de subvenciones/ayudas a las PYMES para la creación de salas de lactancia, entendiéndose como tales, un lugar dentro del centro de trabajo especialmente acondicionado para que las mujeres en período de lactancia puedan extraer su leche materna y se asegure su adecuada conservación mediante refrigeración durante el horario de trabajo; o bien, puedan amamantar a la criatura lactante en ellas durante la jornada laboral.

Dichas ayudas se establecerían para empresas que cuenten con un número determinado de personas trabajadoras (por ejemplo a partir de 25). La habilitación de estas salas se podría financiar de forma mixta, por un lado, mediante una subvención estatal y por el otro, con el ahorro empresarial de los salarios correspondientes a las acumulaciones de jornadas o reducciones de jornada por lactancia materna de sus trabajadoras.

Por otra parte, debido a la influencia de la lactancia materna en la salud de la madre y de la criatura lactante, el gasto que se genera al Estado por estas subvenciones sería compensado a largo plazo con la reducción en costes sanitarios al descender las enfermedades materno-infantiles. Se trata de una medida con un coste bajo que puede traer resultados positivos para las empresas (reduce el absentismo, eleva el nivel de retención del personal femenino, aumenta el atractivo de estas empresas para trabajar y fomentan la motivación laboral sobre todo entre el personal femenino); y para la sociedad (beneficios para la salud de madres y lactantes y reducción en el gasto sanitario y una solución eficaz para que las madres puedan compatibilizar realmente trabajo y lactancia materna).

En definitiva, pese a los beneficios de la lactancia materna, no es competencia de nuestro ordenamiento jurídico decidir si una madre debe dar el pecho y/o hasta cuándo;

si bien, si le corresponde facilitar a esa madre, si es trabajadora, y desea hacerlo, la posibilidad de llevarla a cabo más allá de los cuatros meses del permiso por maternidad.

5. Reformar el permiso por maternidad

Una solución al problema de compatibilizar trabajo y crianza, podría ser la ampliación del permiso por maternidad, pues de hecho algunas madres trabajadoras ya lo hacen añadiendo tras del disfrute de permiso por maternidad la acumulación de las horas del permiso por lactancia (aproximadamente 15 días), y tras este sus vacaciones (entre 30 y 31 días), con ello consiguen estar de licencia casi seis meses. Teniendo en cuenta que este el tiempo recomendando por la OMS para la lactancia natural, sería factible considerar la ampliación del permiso por maternidad hasta las 24 semanas.

Por otra parte, el periodo de suspensión por maternidad se puede distribuir a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, aunque al tener una duración de sólo 16 semanas, la mayoría de las mujeres lo disfrutan a partir de la fecha del nacimiento y no descansan los días previos al parto (como sería aconsejable), con la finalidad de no reducir el tiempo dedicado a la crianza. Parece que la protección por maternidad “es insatisfactoria por su limitación temporal. Una protección moderna de la maternidad ya no debe concebirse como una cobertura del embarazo, el parto y el puerperio, sino que tendría que ampliarse al periodo de dedicación a la criatura recién nacida al menos en los seis meses en la medida en que la lactancia natural se considera necesaria durante esos primeros meses para preservar la salud del niño o niña”⁹⁵⁹. Esta duración tan limitada fuerza a las mujeres trabajadoras a recurrir a las reducciones de jornada y a las excedencias.

Por ello, hay autores que consideran que tendría que ampliarse la protección por maternidad, “aunque esta ampliación fuera a costa de una reducción en la cuantía de las prestaciones, de forma que cubriese un periodo de un año: un mes antes del parto, un mes de descanso obligatorio después del parto y, cuando hay nacimiento de hijos e hijas

⁹⁵⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”. *Mujer, trabajo y Seguridad Social*. VVAA. (Director) Efrén Borrajo Dacruz (2010). Editorial La Ley, pág. 167.

cinco meses más a tasa normal de cobertura (100%) y otros cinco con una tasa más reducida”⁹⁶⁰.

En principio una ampliación del permiso por maternidad es una regulación más favorable que debería beneficiar a las mujeres, sin embargo no se produce ese efecto. Como demuestran las reformas de los permisos parentales efectuadas por dos países muy distintos desde la perspectiva de género: Islandia e Irán. En Islandia se estableció un permiso remunerado de nueve meses; tres intransferibles para la madre tras el parto, tres intransferibles para el padre, y los tres restantes distribuidos libremente por la pareja. Respecto de Irán, el permiso de maternidad ha aumentado de cuatro meses a seis meses, y posteriormente a un año. Se ha denunciado el peligro de que las empresas iraníes, al durar la licencia un año, no contraten a ninguna mujer o las despidan para contratar hombres. Irán al establecer una norma formalmente favorable para las mujeres (amplía el permiso por maternidad), en realidad les está perjudicando, mientras que otra norma formalmente favorable para los hombres (la islandesa, que instaura el permiso por paternidad), ha favorecido a las mujeres, al repartirse entre hombres y mujeres la suspensión contractual que puede operar como factor disuasorio para la contratación⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ DESDENTADO BONETE, A: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”. Cit., pág. 174-175.

⁹⁶¹ En este sentido, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares”. Cit., págs. 4-5. “Pero ello no significa que se produzca un efecto lineal: a más causa, más efecto. A título meramente ejemplificativo de la dificultad de esta regulación normativa, resulta ilustrativa la contraposición de las reformas de los permisos parentales efectuadas por dos países muy distintos desde la perspectiva de género: Islandia e Irán”. En Islandia se estableció un permiso remunerado de nueve meses. De ellos, tres meses son intransferibles para la madre tras el parto, tres meses son intransferibles para el padre, y los tres restantes los distribuye libremente la pareja. Respecto de Irán, su gobierno presenta como logros para las mujeres modificaciones legales que, en el fondo, no son ningún avance, sino que tienen una doble lectura. Así, el permiso de maternidad ha aumentado de cuatro meses a seis meses, y posteriormente a un año. Se ha denunciado que el peligro radica en que las empresas iraníes que no puedan correr el riesgo de tener una empleada de baja por maternidad durante un año no contratarán a ninguna mujer o las despedirán para contratar hombres. Se ha afirmado que esta medida, junto con otras, sirve a la finalidad perseguida por el gobierno iraní consistente en conseguir que la mujer se quede en casa.

La paradoja radica en que el país escandinavo con una larga tradición de promoción de la igualdad de mujeres y hombres, se ha preocupado por potenciar el disfrute de este permiso por parte del padre, con la finalidad de que la suspensión de los contratos de trabajo por razón del nacimiento o adopción de hijos o hijas, que puede perturbar el funcionamiento de la empresa, y en consecuencia puede operar en la práctica como un factor disuasorio de la contratación de personas que puedan solicitar dicha suspensión, se reparta igualitariamente entre ambos sexos, favoreciendo así la contratación laboral de mujeres. En cambio, Irán que establece una norma formalmente favorable para las mujeres (amplía el permiso de maternidad), en realidad pretende perjudicarles, mientras que otra norma formalmente favorable para los hombres (la islandesa, que instaura el permiso de paternidad), ha favorecido a las mujeres.

Otro ejemplo es el caso de Chile. En este país el 17 de octubre de 2011 entró en vigor la Ley n° 20.545 que modifica el Código del Trabajo chileno para introducir además del descanso por maternidad (descanso postnatal) de 12 semanas que ya contemplaba, otras 12 semanas de descanso con la figura del denominado “permiso postnatal parental” que tiene el carácter de irrenunciable y distintas formas de hacerse efectivo. El primer lugar, puede ser ejercido íntegramente por la madre, que tendrá sumando las dos licencias 24 semanas de permiso. En segundo lugar, la madre podrá reincorporarse a su trabajo una vez finalizado el permiso por maternidad (posnatal), con una reducción del 50% de su jornada, en cuyo caso el permiso postnatal parental se extenderá a 18 semanas, recibiendo la mitad del subsidio y del salario. En tercer lugar, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre a su elección podrá “traspasar” este permiso postnatal parental al padre a partir de la séptima semana del mismo y por el número de semanas que la madre indique⁹⁶².

Esta ley ha resultado ser una de las más polémicas en los últimos tiempos en materia de derechos laborales de las mujeres, precisamente desde la perspectiva del verdadero interés de estas últimas⁹⁶³. Pues otorga el período más extenso a la madre, y el disfrute del padre no proviene de un acuerdo entre ambos progenitores sino de la voluntad de la madre de “traspasar” todo o una parte del permiso. A esto hay que añadir que las mujeres chilenas reciben remuneraciones menores que los hombres por lo que difícilmente el padre se acogerá a este permiso que perjudicaría la economía familiar. Además las trabajadoras chilenas cuentan con un descanso de 45 días antes del parto que sumado al permiso postnatal (12 semanas) y al permiso postnatal parental (otras 12 semanas), pueden llegar a ausentarse del trabajo hasta 30 semanas, un período muy extenso que con toda seguridad afectara a la empleabilidad de las mujeres chilenas. Que las mujeres chilenas tengan más dificultad para encontrar trabajo, deriva en que estas se vean obligadas a permanecer en el hogar dedicándose en exclusiva a la crianza, y les generan una situación de dependencia de la pareja, dependencia que en algunas etnias como la aymara, en el extremo norte del Chile puede ser perjudicial para ellas⁹⁶⁴.

⁹⁶² MORAGA CONTRERAS, C.A.: “Otra mirada al impacto de la Ley n° 20.545 que establece el permiso postnatal parental en Chile”. *Lan Harremanak*, núm. 25. 2012, pág. 359.

⁹⁶³ MORAGA CONTRERAS, C.A.: “Otra mirada al impacto de la Ley n° 20.545 que establece el permiso postnatal parental en Chile”. Cit., pág. 355.

⁹⁶⁴ En este sentido, puede verse, ZAPATA SEPÚLVEDA, P.; FERNÁNDEZ DÁVILA, P; y SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.: “Violencia de género en mujeres con ascendencia étnica aymara en el extremo norte de Chile”. *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, núm. 5, 2012, pág. 171. Respecto a la influencia de

La duración de la licencia maternal es crucial para que la mujer se recupere del parto y preste los cuidados necesarios a la criatura recién nacida. Ahora bien, hay que tener en cuenta que una ampliación excesiva del permiso por maternidad conlleva la desprofesionalización de las mujeres, y la discriminación laboral de estas si la licencia solamente es para ellas. Y cuando el permiso por maternidad es demasiado corto, las madres pueden no sentirse preparadas para volver a la vida laboral y abandonar a la criatura de corta edad, y pueden verse tentadas a abandonar el empleo.

Por otra parte, las teorías que consideran necesario ampliar el permiso por maternidad en lugar de ampliar el permiso por paternidad vienen originadas por la creencia de que las medidas de conciliación son para las mujeres, sin embargo las medidas que alargan la ausencia de las mujeres del empleo para dedicarse a la crianza no son para las mujeres, sino para la familia, a cambio de que las mujeres sacrifiquen su carrera profesional. No obstante, este alargamiento de la protección por maternidad sería viable y no tan contraproducente para la madres trabajadoras sin viniera aparejado de una ampliación en los mismos términos del permiso por paternidad.

Nuestra legislación da una protección a la maternidad más amplia a la exigida por la OIT (14 semanas)⁹⁶⁵, no obstante, la OIT en su Recomendación núm. 191, anima a los Estados Miembros a extender esa licencia “a 18 semanas por lo menos”⁹⁶⁶. Esta recomendación motivó una propuesta en 2008 de la Comisión Europea para la ampliación del permiso por maternidad a 18 semanas remuneradas -seis semanas con el 100% y el 85% el resto-. El texto fue adoptado en 2010 en primera lectura por el Parlamento Europeo, que propuso extender su duración hasta las 20 semanas con una

factores psicosociales en la presencia de violencia hacia la mujer, hay una fuerte relación entre la crianza y la presencia de actos abusivos, debido a la permanencia de la mujer en convivencia con la pareja por la ausencia de medios económicos para asumir el cuidado del hogar, manteniéndose los episodios de maltrato.

⁹⁶⁵ La norma más reciente de la OIT sobre la duración de la licencia de maternidad es el Convenio núm. 183, Convenio sobre la protección de la maternidad, 2002, artículo 4 (1)- exige un periodo de 14 semanas como mínimo.

⁹⁶⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Recomendación sobre la protección de la maternidad, núm. 191, 15 de junio de 2000, Ginebra. Párrafo 1 (1) sobre la protección de la maternidad. Anima a los Estados Miembros a extender esa licencia “a 18 semanas por lo menos”. Y recomienda que se deberían adoptar medidas para garantizar que, en la medida de lo posible, la mujer tenga derecho a elegir libremente cuándo tomará la parte no obligatoria de su licencia de maternidad, antes o después del parto.

remuneración equivalente al 100% del último sueldo de la madre⁹⁶⁷; un texto que fue bloqueado el día 6-12-2010 durante las negociaciones del Consejo. Una gran mayoría de los ministros y ministras de Trabajo de la Unión Europea, rechazó ampliar la duración mínima de la baja por maternidad de 14 a 20 semanas en toda la UE con el 100% del salario. Alegaron que esta medida, que defiende el Parlamento Europeo, tendría un coste excesivo en el actual contexto de crisis económica. Los veintisiete también se opusieron a la exigencia de los eurodiputados y eurodiputadas de introducir en todos los Estados miembros una “baja por paternidad de al menos dos semanas”, también con la totalidad del sueldo. En España extender el permiso por maternidad a 20 semanas podría llegar a costar 988 millones de euros al año, según un estudio de la Eurocámara⁹⁶⁸.

Por otra parte, los defensores de la ampliación argumentan que los costes asociados a esta reforma se verían compensados con el aumento de la participación femenina en el mercado laboral, reduciendo la discriminación contra las mujeres embarazadas y lactantes. Asimismo, contribuiría a conciliar la vida laboral y personal, ofreciendo un impulso a la tasa de nacimientos frente al evidente envejecimiento de la población europea⁹⁶⁹.

5.1. Una propuesta de permiso por maternidad

En materia de políticas públicas de conciliación y de igualdad de género nuestra legislación laboral debe encaminarse hacia “permisos laborales por maternidad y paternidad intransferibles, de igual duración y con la misma parte obligatoria para ambos progenitores”. Pues los permisos transferibles ofrecen la apariencia de igualitarios y equitativos, ya que aparentemente no adjudicarían la tarea del cuidado a las mujeres sino que, además, permitirían el ejercicio de la llamada “elección familia”. Sin embargo, en la práctica cuando un permiso es transferible lo usan las mujeres, y por

⁹⁶⁷ LÓPEZ NALDA, M. y BOULAT, P.: “La Comisión Europea abandona el proyecto de Directiva para la mejora del permiso de maternidad”. *Legaltoday.com*. Internacional. 27 de Julio de 2015. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_ue/la-comision-europea-abandona-el-proyecto-de-directiva-para-la-mejora-del-permiso-de-maternidad. Consultado el día 15-01-2016.

⁹⁶⁸ CINCO DÍAS. “Los 27 rechazan ampliar la baja por maternidad ante la falta de recursos”. 07-12-2010. http://cincodias.com/cincodias/2010/12/07/economia/1291704986_850215.html Consultado el día 15-01-2016.

⁹⁶⁹ LÓPEZ NALDA, M. y BOULAT, P.: “La Comisión Europea abandona el proyecto de Directiva para la mejora del permiso de maternidad”. Cit.

tanto, funciona como una ampliación del permiso por maternidad. A la vista de esta experiencia, los países que antes inventaron los permisos transferibles, como Suecia, han ido estableciendo posteriormente cuotas reservadas a los padres, como única manera de que ellos participen en la práctica (Noruega, Suecia e Islandia)⁹⁷⁰.

A continuación se elabora una propuesta de permiso por maternidad, que se cree necesaria después del estudio a fondo de la suspensión/prestación por maternidad vigente actualmente en nuestra legislación laboral.

PERMISO POR MATERNIDAD

-Situaciones protegidas:

- a) *La maternidad biológica*, incluidos los alumbramientos que tengan lugar tras más de 180 días de vida fetal, con independencia de que el feto nazca vivo o muerto.
- b) *La adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento*, de menores de 6 años. Y mayores de 6 años, pero menores de 18 con discapacidad o que, por circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar.
- c) *La tutela* sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor o tutora sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptarle, siempre que conlleve la convivencia entre el tutor o tutora y la persona menor tutelada, en los mismos términos de edad que para la adopción y acogimiento.
- d) *El aborto involuntario*, en cuyo caso el permiso duraría las semanas necesarias para la recuperación física y psicológica de la madre trabajadora.

⁹⁷⁰ CASTRO CARCÍA, C.; PAZOS MORÁN, M.: “Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales?”, cit., pág. 13.

-Beneficiarias:

Serán beneficiarias *las trabajadoras* por cuenta ajena, propia y funcionarias. La titularidad del permiso por maternidad será exclusivamente femenina, siendo su disfrute para la madre biológica, adoptante o acogedora, y la cónyuge de la madre biológica, en matrimonios formados por dos mujeres, cuando se produzca la filiación por esta del hijo o hija biológica de su pareja.

Tendrán que cumplir los requisitos de estar afiliadas y en alta o en situación asimilada, en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y tener cubierto un período mínimo de cotización igual que el existente en la actualidad para la prestación por maternidad contributiva.

-Características:

-El permiso es intransferible. No se puede ceder al padre, en ningún supuesto. “*Se trata de un permiso individual de uso exclusivo materno*”. No será necesaria la cesión al padre, pues este tendrá un permiso propio por paternidad de similares características e idéntica de duración (16 semanas).

-Si la madre trabajadora no reúne el período de cotización exigido se le reconocerá el *subsidio de maternidad no contributivo* en los mismos términos establecidos en la actual legislación vigente. En este supuesto tampoco el padre podrá percibir el subsidio contributivo por maternidad pues en su defecto podrá optar al permiso por paternidad.

-En *caso de parejas formadas por dos mujeres* ambas tendrían derecho al permiso por maternidad, en unos casos por maternidad biológica y en otros por adopción o acogimiento, generando cada una de ellas un permiso propio e individual de igual duración (16 semanas).

-En el *caso de parto*, el permiso estaría vinculado a la madre biológica, en quien recae la función fisiológica de la reproducción, así está tendría un período de “descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al alumbramiento” de irrenunciable disfrute para la madre pues van ligadas a su salud y recuperación post-parto. El resto (10 semanas) serían de carácter voluntario, pues partimos de la distinta finalidad de cada una de estas situaciones, al ser el objetivo de este periodo el cuidado de la criatura recién nacida. Cuidado que podrá asumir la madre o renunciar a él y que sea el padre quién asuma esta tarea mediante su propio permiso por paternidad de igual duración.

La mujer tendría derecho a *elegir libremente* cuándo disfrutar de la parte no obligatoria de la licencia, antes o después del parto. Al aumentar el permiso por paternidad hasta 16 semanas la madre podría solicitar el permiso por maternidad unos días o semanas antes de la fecha probable del parto, teniendo así un descanso para proteger su salud en los últimos días de gestación. Ya que al disfrutar entre ambos progenitores de 32 semanas de licencia, las mujeres no se verán obligadas a trabajar hasta el último día de gestación con la intención de no agotar días de permiso para la crianza.

-En el *caso de adopción-acogimiento y tutela*, la duración sería la misma que la prevista legalmente hasta ahora (16 semanas). Quince días serán de carácter “obligatorio” a partir de la resolución administrativa para hacer posible la integración del o la menor adoptada en la familia, y el resto de carácter voluntario para las madres adoptantes o acogedoras, tiempo que si no lo disfrutaban se pierde.

-En *caso de adopción o acogimiento internacional*, cuando sea necesario el desplazamiento previo de la madre al país de origen, podrá iniciarse la suspensión y el subsidio por las semanas necesarias, o exigidas según la normativa del país de donde proceda la persona menor, antes de la resolución por la que se constituya la adopción. Este incremento, de las actuales cuatro semanas de disfrute anticipado hasta las necesarias, se haría efectivo cuando estuviera vigente el permiso por paternidad de 16 semanas.

-*Duración única de 16 semanas para todos los supuestos*. Se suprimiría la ampliación por parto, adopción o acogimiento múltiples, por discapacidad del hijo o hija, y en los casos de parto prematuro y en aquellos otros en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto. Estas ampliaciones se suprimirán cuando entre en vigor y se haga efectiva la ampliación del permiso por paternidad de 16 semanas de duración. Por otra parte, estos supuestos especiales se cubrirán con un permiso parental para dar protección a estas circunstancias familiares especiales.

-El resto de características de la prestación económica, tales como el período mínimo de cotización, base reguladora y cuantía, disfrute a tiempo parcial, etc., permanecería como hasta ahora.

Extinción:

- Por el transcurso del plazo máximo de duración del período de descanso.

-Por la reincorporación voluntaria de la madre al trabajo o la actividad autónoma.

-Por el fallecimiento de la beneficiaria. No pudiendo disfrutar del permiso, ni total, ni restante, el progenitor sobreviviente.

-Por adquirir la condición de pensionista de jubilación e incapacidad permanente.

En *caso de fallecimiento del hijo o hija* la licencia se extingue trascurridas las 6 semanas obligatorias de descanso en caso de parto.

-Por cese de la adopción o acogimiento.

6. Reforma y ampliación del permiso por paternidad

El principal objetivo del permiso por paternidad es la mayor implicación del padre en el cuidado de los hijos e hijas recién nacidas, contribuyendo de este modo a minorar la discriminación laboral de la mujer trabajadora a causa de la maternidad. Además contribuye a abandonar la percepción social de que es la mujer quien debe desarrollar las tareas de los cuidados.

El actual permiso por paternidad aunque sea un gran avance en corresponsabilidad, al tener una duración tan escasa hace que la implicación en los cuidados por parte del padre se limite a la crianza de la criatura en sus primeros días de vida, tramitar gestiones administrativas (inscripción del nacimiento en el Registro Civil, tramitación del permiso por maternidad/paternidad, etc.). También puede ser útil para que el hombre asuma el cuidado de la mujer durante el puerperio, periodo durante el cual ha de sobreponerse de la gestación tanto física como psicológicamente. Por otra parte, si el padre está implicado en la crianza y se acoge al permiso por paternidad, tras agotar la madre su correspondiente permiso de maternidad, en un intento de alargar el

tiempo de conciliación disponible para ambos progenitores, sólo podrá hacerlo durante 15 días tiempo muy insuficiente para que el padre pueda conciliar cuidados y trabajo.

La introducción del permiso por paternidad en marzo de 2007 ha constituido un cierto éxito, pues los padres españoles comenzaron a hacer un uso mayoritario de él desde el comienzo, y la tasa de utilización ha aumentado en los años posteriores. Un estudio de la Universidad Complutense de Madrid del año 2012, confirma la hipótesis de que en España la introducción del permiso por paternidad ha aumentado el grado en que los hombres utilizan el sistema de permisos parentales. Por otra parte, en el estudio se ha realizado un análisis del perfil de los padres que estaban de permiso en la semana de referencia, sobre las características personales y la situación laboral de los encuestados. Así, los varones (con hijos o hijas de menos de un año) que tenían una probabilidad más alta de estar de permiso eran: los que trabajaban en el sector público, aquellos cuya cónyuge tenía empleo remunerado, y los que vivían en el País Vasco, Navarra, La Rioja, Castilla-La Mancha, Castilla León y Murcia. Por el contrario, tenían una probabilidad más baja los que tenían contratos temporales y los inmigrantes (de países en desarrollo). Y que la edad es un factor determinante pues los varones más mayores de la muestra “padres maduros” presentaban una mayor probabilidad de estar de permiso⁹⁷¹.

Sin embargo, cabe plantearse en qué medida el uso mayoritario de los padres españoles del permiso por paternidad, ha propiciado una mayor implicación de los

⁹⁷¹ ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. (Coordinadores): *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Cit., págs. 52-53. Se supone que el permiso por paternidad de 13 días es una etapa intermedia en el objetivo de alcanzar el permiso de paternidad de un mes, por ello es interesante evaluar en qué medida la introducción de este nuevo permiso ha animado a los hombres en España a utilizar más los permisos parentales (permiso por paternidad, parte transferible del de maternidad, acumulación de lactancia y excedencia por cuidado de hijos-as) cuando se convierten en padres. Además, en el estudio se ha realizado un análisis del perfil de los padres que estaban de permiso en la semana de referencia sobre las características personales y la situación laboral de los encuestados. Los varones (con hijos-as de menos de un año) que tenían una probabilidad más alta de estar de permiso eran: los que trabajaban en el sector público, aquellos cuya cónyuge tenía empleo remunerado, y los que vivían en el País Vasco, Navarra, La Rioja, Castilla-La Mancha, Castilla León y Murcia. Los que tenían una probabilidad más baja de estar de permiso eran: los que tenían contratos temporales y los que eran inmigrantes (de países en desarrollo). Por otra parte, la edad presentaba un efecto negativo sobre el uso de los permisos por parte de los varones; pero, sin embargo, los varones (con hijos/as menores de un año) más mayores de la muestra “padres maduros” presentaban una mayor probabilidad de estar de permiso: para el grupo de varones con 50-64 años, el porcentaje que estaba de baja en la semana de referencia era del 12,31% (el porcentaje promedio para el total de la muestra fue de 2,52%).

hombres en la crianza o por el contrario para ellos son unas vacaciones pagadas por la Seguridad Social.

En este sentido, según el estudio anterior, si comparamos los casos de los padres cuyos descendientes nacieron antes y después de marzo de 2007, se observa un ligero aumento en la implicación de los cuidados de los padres cuyos retoños nacieron después de 2007. Además, en varios casos ese aumento es estadísticamente significativo (así sucede con la actividades de “bañar” o “dar de comer” al niño o a la niña). Por tanto, se puede decir que se obtiene alguna evidencia empírica a favor de la hipótesis de que la introducción del permiso por paternidad va asociado con un cierto aumento en la implicación de los varones en los cuidados infantiles⁹⁷².

Si el permiso por paternidad es útil para una mayor implicación de los padres en la crianza y a su vez es la única medida de conciliación de titularidad masculina, no se entiende que se siga retrasando su ampliación a cuatro semanas; ampliación que por otra parte ya viene contemplada en el art. 48.7 del nuevo ET, aunque esta ampliación no se hará efectiva “en teoría hasta el 1 de enero de 2017”⁹⁷³.

Por otra parte, existe la reivindicación de un permiso de paternidad intransferible y de la misma duración que el de maternidad. En contra de lo que puede parecer, que

⁹⁷² ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. (Coordinadores): *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?.* Cit., pág. 123. Si comparamos los casos de los padres cuyos descendientes nacieron antes y después de marzo de 2007, se observa un ligero aumento en la implicación de los cuidados de los padres cuyos retoños nacieron después de 2007, en la mayoría de indicadores que intentan medir la participación del padre (en relación con la madre) en una serie de actividades de cuidados infantiles. Además, en varios casos ese aumento es estadísticamente significativo (por ejemplo, así sucede con la actividades de “bañar” o “dar de comer” al niño o la niña). Por tanto, se puede decir que se obtiene alguna evidencia empírica a favor de la hipótesis de que la introducción del permiso de paternidad se ha asociado con un cierto aumento en la implicación de los varones en los cuidados infantiles. Este resultado puede estar captando dos situaciones que se pueden producir simultáneamente: por una parte, algunos padres, al usar sus 15 días de baja por paternidad (2+13), tienen una nueva experiencia que les lleva a implicarse posteriormente más en el cuidado de sus hijos-as pequeños-as; por otra parte, otros padres ya tenían unas actitudes de género más igualitarias y una predisposición a implicarse activamente en el cuidado de la prole, y, por tanto, una alta inclinación a usar el permiso de paternidad, una vez que este se aprobara. En el primer caso el sentido de la causalidad iría de “usar permiso” a “mayor implicación”; y en el segundo de “mayor implicación” a “usar permiso”. Sea como fuere, lo cierto es que los datos permiten afirmar que existe una asociación positiva entre el hecho de usar el permiso de paternidad y una mayor implicación de los padres en los cuidados infantiles.

⁹⁷³ Según la DF undécima de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

ambos permisos tengan la misma duración y sean intransferibles entre progenitores, es un derecho de los trabajadores varones, otra cuestión es la de su viabilidad económica.

Durante el año 2014 se solicitaron 236.714 procesos por paternidad, por un importe de 202,3 millones de euros, que suponen un 2,06% del total de los subsidios de IT y otras prestaciones de la Seguridad Social que recogen los PGE 2014 en el programa 221M⁹⁷⁴.

El gasto de la prestación por paternidad desde el año 2008 y hasta el 2015, ha estado en torno a los 200 millones de euros al año, así cada semana de permiso paterno tiene un coste anual aproximado de 100 millones de euros. Por tanto, la ampliación del mismo hasta 16 semanas supone un gran coste para el Estado; no obstante a la larga puede ser rentable.

El permiso por paternidad no es tan caro a corto plazo y es muy rentable a largo plazo, pues en la medida en que los hombres vayan asumiendo su parte en la crianza y en las tareas domésticas (con la inestimable ayuda del permiso por paternidad intransferible), las mujeres podrán ir integrándose al empleo de calidad, lo que será beneficioso para la economía pues se aprovecharía más eficientemente el capital humano del país. Actualmente las mujeres tienen mayor nivel de formación que los hombres, y sin embargo están realizando trabajos que no les corresponden por su capacidad. Las mujeres no se verían avocadas a renunciar temporalmente al trabajo remunerado (bien por cese voluntario o por excedencia o por reducción de jornada) y ocuparían puestos remunerados que cotizan a la Seguridad Social y por los que pagan impuestos como el IRPF (aumentando los ingresos públicos). Disminuirán las consecuencias negativas de la dependencia económica de las mujeres (malos tratos, pobreza, enfermedades del ama de casa, etc.) que actualmente exigen partidas importantes de gasto público para paliarlas. Y al tener las mujeres contribuciones a la Seguridad Social, y por tanto derechos propios a prestaciones de desempleo y pensiones, disminuirá la pobreza femenina, disminuyendo así el gasto público en

⁹⁷⁴ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Anuario. 2014. Prestaciones de Maternidad y Paternidad. <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2014/PMA/PMA.pdf>. Consultado el día 8 de agosto de 2015.

prestaciones de desempleo asistenciales y en asistencia social⁹⁷⁵ y en pensiones no contributivas. Asimismo, se acabaría con la penalización laboral que sufren las mujeres por motivos de conciliación y al mismo tiempo, se lograría que los hombres puedan ejercer plenamente su derecho a disfrutar de la paternidad.

Otro factor a tener en cuenta es que el permiso en España es “voluntario”, habría que estudiar los beneficios de la obligatoriedad del mismo como garantía para el ejercicio efectivo del derecho. Aunque a priori los beneficios de su obligatoriedad serían:

a) Se acabarían con estereotipos, tales como que sólo la madre está capacitada para la crianza y más tratándose de una criatura recién nacida que necesita de cuidados especiales que solo ella le puede proporcionar. Además el carácter voluntario del permiso paterno siguen perpetuando los roles de género, pues genera la sensación que la maternidad para las mujeres es un deber, mientras que la paternidad para los hombres es algo voluntario.

b) Proporcionaría mayor implicación del padre en los cuidados del hijo o de la hija en sus primeros días de vida creando lazos de afectividad.

c) Al ser obligatorio permitiría a los padres que desean participar activamente en los cuidados hacerlo sin restricciones laborales.

d) Podría suceder que algunos padres que en principio hubiesen tomado el permiso “obligados legalmente” acabarían cambiando de actitud e implicándose en la crianza a consecuencia de la experiencia vivida. Aunque, en este sentido también es probable que algunos padres se tomarán el permiso y no lo usarán para el cuidado del hijo o hija sino como vacaciones pagadas por la Seguridad Social, aunque serían los menos.

e) Se modificaría la situación de desigualdad laboral de la mujer si el padre también se ausenta, el hecho del nacimiento de un hijo o una hija afectará laboralmente

⁹⁷⁵ PAZOS MORÁN, M.: “De los permisos de maternidad y paternidad o los evidentes sesgos de género de la Seguridad Social: ¿Por qué es necesario el permiso de paternidad intransferible?”. Publicado en *Mujeres en Red. El periódico feminista*. Acto de debate 23 de noviembre de 2005. <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article379>. Consultado el día 1-3-2013. Pág. 5.

a los dos progenitores por igual. Y las madres trabajadoras podían retornar a su empleo tras la maternidad con la tranquilidad de que su hijos o hija están siendo cuidada por el padre, sin remordimientos por dejarlos al cuidado de abuelas o abuelos ya mayores para estos menesteres, o en escuelas infantiles a una edad muy corta, a partir de los 4 meses de vida cuando finaliza su permiso maternal.

f) Probablemente sea beneficioso para la estabilidad de las parejas. También en el caso de divorcio, ellos podrán participar en la custodia de los hijos o hijas al igual que han participado en su cuidado desde su nacimiento, y no tendrán que pasar pensiones compensatorias a mujeres que dependen económicamente de ellos porque han estado dedicándose en exclusiva a las tareas del hogar y a la crianza mientras ellos avanzaban en su profesión.

g) Si se amplía el permiso por paternidad y una parte de él tiene que ser disfrutada obligatoriamente por el padre, la madre gestante podría solicitar el permiso por maternidad unas semanas antes del parto, pues no se vería en la necesidad de tomarlo el mismo día del alumbramiento en un intento de no perder días de permiso.

h) Se evitaría que las madres hicieran coincidir sus vacaciones laborales con la finalización de la suspensión por maternidad dando lugar a se pierdan pues no son destinadas para su finalidad, el descanso de la persona trabajadora.

6.1. Una propuesta de permiso por paternidad

A continuación se hace una propuesta de permiso por paternidad necesario para que se cumplan los beneficios anteriormente descritos.

-Situaciones protegidas:

a) *El nacimiento de hijo o hija.*

b) *La adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento*, de menores de 6 años o mayores de 6 años, pero menores de 18 con discapacidad o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar.

c) *La tutela* sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor o tutora sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptarle, siempre que conlleve la convivencia entre el tutor o tutora y la persona menor tutelada, en los mismos términos de edad que en caso de adopción o acogimiento.

-Beneficiarios:

-Serán beneficiarios del permiso *los trabajadores (hombres)* por cuenta ajena o propia y funcionarios, que disfruten de los períodos de descanso o permisos, por nacimiento de hijos o hijas, adopción, acogimiento y tutela.

-El permiso no podrá ser transferido, ni disfrutado por la otra progenitora (en el caso de parejas formadas por dos mujeres), pues esta disfrutará del permiso por maternidad. En el caso de matrimonios formados por dos hombres, ambos serán titulares del permiso por paternidad, generando un permiso individual cada uno de ellos.

-En el supuesto *de parto*, el titular del derecho será el padre biológico y en el supuesto *de adopción o acogimiento*, ambos padres adoptantes o acogedores. Siempre que reúnan los requisitos de *estar afiliados y en alta o en situación asimilada* en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y *tengan cubierto un período mínimo de cotización igual que el existente en la actualidad para la prestación por maternidad, esto es:*

-Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

-Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

-Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

-Características:

Primera: *La ampliación del permiso por paternidad es el primer paso hacia la corresponsabilidad*, por tanto, se haría efectiva la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, sin más demora el día 1 de enero de 2017, alcanzando el permiso por paternidad una duración de cuatro semanas. Duración que se aumentaría progresivamente hasta llegar a ser de 16 semanas. Esta ampliación se llevaría a cabo de la siguiente manera:

-Hasta cuatro semanas el día 1-1-2017

-Hasta ocho semanas el día 1-1-2018

-Hasta doce semanas el día 1-1-2019

-Hasta dieciséis semanas el día 1-1-2020

En lo referente a la ampliación de la licencia por paternidad, habría que hacer dos precisiones:

-Cuando se hiciera efectiva la ampliación del permiso por paternidad hasta llegar a las dieciséis semanas, quedarían sin efecto los supuestos de ampliación del permiso por parto, adopción y acogimiento múltiples, por discapacidad de la persona menor, y por familia numerosa del actual permiso por paternidad. La supresión de la ampliación en estos supuestos especiales se cubriría con un permiso parental para estas circunstancias familiares.

-Igualmente quedaría sin efecto “el permiso por nacimiento de hijo o hija” del art. 37.3 b) ET, que quedaría integrado y absorbido dentro del permiso por paternidad, para descargar a las empresas de los costes salariales y las cotizaciones sociales del mismo, siendo así su coste cero para la empresa.

Segunda: *En caso de adopción o acogimiento internacional*, cuando sea necesario el desplazamiento previo del padre al país de origen, podrá iniciarse la suspensión y el subsidio por las semanas necesarias o exigidas según la normativa del país de donde proceda la persona menor, antes de la resolución por la que se constituya la adopción. Este incremento de las actuales cuatro semanas hasta las necesarias, se haría efectivo cuando estuviera vigente la duración de 16 semanas del permiso.

Tercera: El permiso será retribuido al 100% de la Base reguladora del padre.

Cuarta: Una parte del permiso será “*obligatoria*”, 15 días después del nacimiento, (para atención a la madre que ha dado a luz, al neonato y para trámites administrativos) y el resto del periodo será de disfrute voluntario. En caso de adopción y acogimiento también se establece un periodo obligatorio de 15 días a partir de la resolución administrativa para hacer efectiva la integración del menor o la menor en la familia, siendo el resto de carácter voluntario para el padre, que si no lo disfruta se pierde.

Quinta: Disfrute a *tiempo parcial* en las mismas condiciones que el permiso por maternidad, sin el límite del 50% de su jornada.

Extinción:

- Por el transcurso del plazo máximo de duración del descanso.
- Por reincorporación voluntaria del padre al trabajo o la actividad autónoma.
- Por fallecimiento del beneficiario. No pudiendo disfrutar del permiso el progenitor sobreviviente.
- Por adquirir el padre la condición de pensionista de jubilación e incapacidad permanente.
- Por cese de la adopción o acogimiento.
- En caso de fallecimiento del hijo o hija durante la parte voluntaria del permiso este se extingue. En caso de fallecimiento durante la parte obligatoria de la licencia, el padre podrá continuar de permiso hasta que finalicen los 15 obligatorios de descanso.

7. La creación de un permiso parental

El permiso parental es una licencia disponible para madres y padres (no tiene sexo). Se concibe como un permiso “de cuidados” y no como un permiso “de nacimiento”, que pretende que los padres/madres tengan la oportunidad de disponer de un tiempo adicional de permiso para cuidar de sus descendientes de corta edad. Normalmente se puede disponer de él cuándo se agota el permiso por maternidad/paternidad.

El permiso parental puede ser remunerado al 100%, por debajo del 100% o no remunerado. Se puede utilizar a tiempo parcial, se puede presentar como un derecho individual de cada progenitor, familiar o mixto, intransferible o transferible. Así, se pueden distinguir tres modalidades:

- a) Derecho individual no transferible, donde ambos progenitores tienen derecho al mismo período de licencia.
- b) Derecho individual transferible total o parcialmente al otro progenitor.
- c) Como un derecho familiar que los progenitores se pueden repartir como deseen.

La plataforma PPIINA (Plataforma por Permisos Parentales Iguales e

Intransferibles de Nacimiento y Adopción), ha realizado una Proposición de Ley de 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 o acogida. En el artículo primero de su proposición de Ley, establece un proceso gradual para la reforma del sistema de permisos hasta que lleguen a ser iguales, intransferibles y remunerados a una tasa de retorno del 100% de la base reguladora de cada progenitor, independientemente de su sexo y tipo de familia. En el artículo segundo definen y configuran dos permisos:

1. Llamado “permiso parental inicial” de dos semanas obligatorias a disfrutar a partir del hecho causante, y será por tanto simultaneo en caso de existir dos progenitores.

2. Llamado “permiso parental para la crianza”, de dieciséis semanas, de las cuales cuatro serán obligatorias. No será necesario que se tome a continuación del permiso parental inicial. Este permiso iría entrando en vigor progresivamente en un plazo máximo de 7 años⁹⁷⁶. De esta manera, ambos progenitores están “obligatoriamente de permiso 6 semanas cada uno”, y el resto del permiso parental (12 semanas) es voluntario. Lo que hace entre los dos progenitores estén un total de 36 semanas de permiso (casi 9 meses). No obstante, probablemente la madre tome íntegramente el permiso (la parte obligatoria y la voluntaria) y el padre únicamente las seis semanas obligatorias.

Otra propuesta de reforma que plantean varios autores para el caso de España sería un sistema que cumpliera con los principios de igualdad formal en el sistema de permisos, que incentive al padre a utilizarlos, que no sean excesivamente largos, que sean flexibles, remunerados al 100% y viables financieramente. Un sistema que cumpliría con estos principios es uno que constatará de 8 semanas de permiso de maternidad intransferibles, 8 semanas de paternidad intransferibles y 8 semanas de permiso parental (es decir 8/8/8)⁹⁷⁷. En esta propuesta en el caso de que la madre disfrutara del permiso parental tendría un permiso de 16 semanas, igual que el actual

⁹⁷⁶ PPIINA (PLATAFORMA POR PERMISOS PARENTALES IGUALES E INTRANSFERIBLES DE NACIMIENTO Y ADOPCIÓN), Proposición de Ley de 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 o acogida. Cit.

⁹⁷⁷ ALBERT LÓPEZ-IBOR, R.; ESCOT MANGAS, L.; FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. y POZA LARA, C.: “El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España”. Cit., pág. 13.

por maternidad (8 maternidad + 8 parental). Asimismo, el padre tendría la misma posibilidad de disfrutar de 16 semanas de permiso (8 paternidad + 8 parental). Por otra parte, los tres permisos tendrían una duración total de 24 semanas (seis meses), superior a las 18 actuales (16 de maternidad y 2 de paternidad) que suman 4,5 meses.

No obstante, la experiencia de otros países como Islandia, país modélico en permisos parentales, demuestra que si el permiso parental es transferible, el padre tomará únicamente el permiso por paternidad (8 semanas) y la madre el permiso por maternidad y el permiso parental (8+8=16 semanas).

Según la OIT, lo habitual es que la licencia parental se ofrezca como derecho compartido entre los progenitores, y son las mujeres quienes principalmente hacen uso de la misma. El índice de utilización de la licencia por parte de los hombres es bajo, en especial si la licencia no es remunerada⁹⁷⁸.

Por tanto, “los permisos parentales” aunque en un principio son un medidas con una apariencia igualitaria, pueden ser un mecanismo importante para mantener la desigualdad de género en la dedicación al cuidado, a menos que estos sean intransferibles y de titularidad compartida como derecho individual de cada progenitor.

Asimismo deben de ir acompañados de otras medidas que realmente consigan un uso equivalente por parte de hombres y de mujeres. Así lo hizo Alemania en el año 2006 al aprobar una reforma radical de su sistema de permisos parentales, que entró en vigor en enero de 2007. La reforma pretendía aproximar el sistema alemán a los nórdicos y, de hecho, tras ella, este se asemeja mucho al sueco. La reforma introduce un permiso parental a repartir como deseen ambos progenitores, que dura 12 meses si solamente lo utiliza un progenitor y hasta 14 meses si lo utilizan los dos. Introduce dos meses extra intransferibles, que están pensados para incentivar a los varones. Esta reforma dio lugar a un importante incremento en la proporción de permisos disfrutados por el padre, pues con anterioridad a la reforma los varones utilizaban alrededor del 3% del tiempo correspondiente al permiso parental y en 2009 ese porcentaje ascendía hasta

⁹⁷⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Cit., Pág. 7.

el 18%⁹⁷⁹.

Este permiso parental a disfrutar después del permiso por maternidad y paternidad, concebido como un derecho individual de la persona trabajadora, hombre o mujer, existente en otros países, generalmente no retribuido (aunque va en función de cada país), no existe como tal en España. En nuestro país podríamos decir que lo más parecido a estos permisos parentales son: la excedencia por cuidado de hijos o hijas - permiso parental no retribuido a jornada completa-, y la reducción de jornada por guarda legal de una persona menor de 12 años, -permiso parental no retribuido a jornada parcial-. Pero estos permisos tienen efectos negativos como se han visto en el capítulo IV, por ello, se hace una propuesta de creación de un permiso parental en el apartado siguiente.

7.1. Una propuesta de permiso parental

La creación de un permiso parental, vendría a solucionar la necesidad de los progenitores de disponer de tiempo extra en casos de parto, adopción y acogimientos múltiples; menores con discapacidad, partos prematuros y hospitalización del neonato tras el parto, y otras circunstancias especiales dentro de la familia con necesidad de protección como es la discapacidad de los progenitores. Se trata de un “permiso familiar por circunstancias especiales”. La creación de esta nueva licencia estaría supeditada a la ampliación previa del permiso por paternidad hasta dieciséis semanas.

El permiso parental sería de disfrute “voluntario” en todos los supuestos, y se establece como “**condición indispensable para su disfrute**”, que previamente la madre y el padre hayan disfrutado sus respectivos permisos por maternidad y paternidad de forma íntegra, es decir por la totalidad de su duración (16 semanas). Por el contrario, si uno de los progenitores no ha disfrutado su permiso o solo lo ha hecho por la parte obligatoria, no podrá acceder ninguno de los progenitores al permiso parental.

⁹⁷⁹ ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A.: *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Cit., pág. 30.

-Situaciones protegidas:

- a) Por parto o adopción-acogimiento múltiple.
- b) Por nacimiento, adopción o acogimiento de hijo o hija con discapacidad igual o superior al 33%.
- c) Por discapacidad de otro miembro de la familia excluidos los progenitores (hijo, hija, y familiares de primer grado que formen parte de la unidad familiar), igual o superior al 65%.
- d) Por discapacidad del padre o de la madre, igual o superior al 65%.
- e) En caso de familia monoparental.
- f) Familias numerosas o que adquieran la condición con el nacimiento, adopción o acogimiento. Quedarían incluidas las familias numerosas de carácter especial (cinco o más descendientes y las de cuatro de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento múltiples); y las de carácter general (las restantes unidades familiares), según lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.
- g) Por parto prematuro, aun cuando tras la finalización de los permisos de maternidad y paternidad el neonato no se encuentre hospitalizado. Por hospitalización del neonato por otras causas tras el parto, si a la finalización de los respectivos permisos por maternidad y paternidad, persiste el ingreso del menor.

-Personas beneficiarias:

-Es un derecho de titularidad compartida por ambos progenitores. El sujeto beneficiario sería por tanto, *el padre o la madre a elección mutua*, bien de todo el periodo o de la mitad a distribuir a elección de la pareja.

-En caso de *familias monoparentales* donde solo hay un progenitor le correspondería a este el periodo completo. En este supuesto estarían incluidos los siguientes casos: Madres o padres solteros que asumen la crianza en solitario. En caso de viudedad del progenitor. Y en caso de abandono familiar donde el otro progenitor no hace efectivo su derecho a visitas, ni abona la pensión de alimentos al menor o la menor.

-Cuando uno de los progenitores no haya podido disfrutar el permiso por paternidad o maternidad (según sea el caso) por causas ajenas a su voluntad, tales como, por ingreso hospitalario prolongado, por encontrarse en coma, en prisión, u otras causas análogas, el otro progenitor podrá disfrutar del permiso parental integro. Con una salvedad, no podrá optar al permiso parental el padre que no haya disfrutado del permiso por paternidad por estar cumpliendo condena por violencia de género.

-Cuando un progenitor resida en el extranjero, el otro podrá hacer uso de la totalidad del permiso parental.

-En caso de que uno de los progenitores no pueda acceder al permiso por maternidad o paternidad, según el caso, por no estar afiliado y en alta, o no reúna los requisitos mínimos de cotización, o no tuviese derecho al permiso por ejercer una actividad profesional y por estar afiliado a una mutua que no lo cubre. El otro progenitor podrá optar al permiso parental.

-En caso de fallecimiento de la persona beneficiaria durante el disfrute del permiso parental, el tiempo restante sería disfrutado por el otro progenitor, siempre que reúna el requisito de estar en alta y afiliado, así como el periodo de cotización exigido para acceder al permiso.

-En caso de fallecimiento de ambos progenitores y la persona menor quedará huérfana total, el permiso parental podrá ser disfrutado por el familiar que tenga su *tutela*.

-Si la persona beneficiaria durante su disfrute accede a la pensión de jubilación o IP, podrá seguir disfrutando el resto del permiso el otro progenitor.

-Características:

-*Prestación económica:* Subsidio equivalente al 100% de la BR sobre la que se calculó la prestación por maternidad o paternidad de cada progenitor.

-El periodo de *cotización mínima* sería el mismo que se exige actualmente para la maternidad contributiva.

-La *duración del permiso parental* sería de 30 días, ampliables hasta 60 en determinados supuestos:

- a) Parto, adopción, acogimiento múltiple gemelar, 30 días.
- b) Parto, adopción, acogimiento múltiple de trillizos/as, y en adelante, 60 días.
- c) Discapacidad del hijo o hija, igual o superior al 33%, 30 días.
- d) Discapacidad del hijo o hija, igual o superior al 65%, 60 días.
- e) Discapacidad de uno de los progenitores igual o superior al 65%, 30 días.
- f) Discapacidad de los dos progenitores igual o superior al 65%, 60 días.
- g) Discapacidad de otro miembro de la unidad familiar igual o superior al 65%, 30 días.
- h) Familia monoparental, 60 días.
- i) Familia numerosa general, 30 días.
- j) Familia numerosa especial, 60 días.
- k) Por nacimiento de hijo o hija prematura, 60 días.
- l) Por nacimiento de hijo o hija que tenga que permanecer hospitalizada tras el parto, si a la finalización de los respectivos permisos por maternidad y paternidad, continua la hospitalización del neonato, por el tiempo que dure la hospitalización, con un máximo de 60 días.

-La misma protección del empleo que la existente hasta ahora para los permisos por maternidad y paternidad.

El subsidio se *extingue* por:

- El transcurso del tiempo establecido.
- Reincorporación voluntaria de la persona beneficiaria al trabajo.
- Fallecimiento de la persona menor por el cual se ha acogido al permiso.

-Ventajas de la implantación de estos permisos:

1ª) Simplifica y unifica los permisos por maternidad y paternidad, al suprimir en estos los diferentes supuestos de ampliación de cada uno de ellos.

2ª) Los progenitores tendrían la posibilidad de disfrutar de esta licencia familiar conforme a sus necesidades laborales y de crianza, pudiendo organizarse de mutuo acuerdo y distribuirse los periodos como mejor les convenga.

3ª) Con la creación del permiso parental y la ampliación del permiso por paternidad, las mujeres no tendrían que recurrir a la reducción de jornada y a la excedencia, o al abandono del empleo. Esto significa que pueden seguir trabajando y cotizando, lo que genera a su vez ingresos para el Estado a través de la recaudación del IRPF y las Cotizaciones a la Seguridad Social, que servirán para compensar el coste de financiar estos permisos.

4ª) Se reduciría el número de excedencias inferiores a un año (que son la mayoría), con los consecuentes beneficios para las empresas, los progenitores y la Seguridad Social que se ahorra el gasto en futuras pensiones generado por las cotizaciones ficticias.

5ª) Podría servir como medida para incentivar la natalidad, al disponer los progenitores de hasta diez meses de permisos laborales retribuidos (4+4+2). Se dobla el tiempo de los actuales permisos (para algunos supuestos).

6ª) Ayudaría a reducir la discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad.

7ª) Se conseguiría que los hombres hagan efectivo su derecho a conciliar trabajo y crianza; y su implicación en el cuidado de los menores también en circunstancias especiales.

8ª) Se da un tiempo extra a las mujeres y hombres que se enfrentan en solitario a la crianza.

9ª) Se consigue, que la reducción de jornada (de hasta dos horas) por nacimiento de hijo o hija prematura o que tenga que permanecer hospitalizado tras el parto, no sea necesaria pues los progenitores contarían con 10 meses de licencia. Con esta reforma se conseguirían 40 semanas de permisos para los progenitores en estas circunstancias frente a las 31 semanas que podrían disfrutar en la actualidad (maternidad 16+13 y paternidad 2 semanas).

10ª) Con la actual legislación laboral los progenitores en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, pueden llegar a disfrutar hasta un total de 29 semanas en el caso más extremo, por sextillizos-as. Con estas reformas tendrían 40 semanas.

11ª) En caso de discapacidad de la persona menor, en la actualidad sumando las ampliaciones de los permisos de ambos progenitores, estos disfrutarían de 21 semanas, mientras que con los permisos propuestos, disfrutarían entre 36 y 40 en función del grado de discapacidad.

12ª) Se da protección a las familias monoparentales, pues con la legislación actual, no se contempla la ampliación en el permiso por maternidad, podría así la madre que asume sola la crianza tener un permiso de 24 semanas.

-Inconvenientes:

Uno de los inconvenientes de la creación del permiso parental es que al principio por la fuerza de la costumbre, los roles de género, las circunstancias especiales del nacimiento o adopción (discapacidad de la criatura, parto múltiple, etc.); o por lactancia

natural; deriven en un uso mayoritario del permiso por las mujeres. No obstante, con el tiempo, tras habituarse los padres a estar cuatro meses de permiso por paternidad, y después de disfrutar de la experiencia de la crianza, probablemente se animen a disfrutar también del permiso parental como hacen los padres de otros países europeos.

El otro inconveniente es la financiación, tanto de la ampliación del permiso por paternidad como de la creación del permiso parental. Aunque tras analizar los beneficios sociales que originan estaría justificado el gasto.

Y por último, no hay que olvidar que estas propuestas no puede ser algo aislado, deben ir acompañadas de una oferta universal y gratuita de servicios de cuidado de la infancia de 1 a 3 años.

CONCLUSIONES

1ª. La licencia por maternidad que nació para proteger la salud de las trabajadoras durante el embarazo y tras el parto; ahora bien, aunque sigue vinculada a la recuperación física de la madre en las seis semanas posteriores al alumbramiento, ha evolucionado, dejando de ser esta su principal finalidad. Los problemas (o riesgos) de salud de la madre tras el parto o durante el embarazo están cubiertos actualmente por la prestación de incapacidad temporal o riesgo durante el embarazo. A su vez, la ampliación del disfrute del permiso a los supuestos de adopción y acogimiento, así como la posibilidad de que el padre acceda a la licencia en determinados supuestos, han cambiado la finalidad por la que se creó esta licencia, para destinarse principalmente al cuidado de la criatura recién nacida.

2ª. En el permiso por maternidad biológica, la titularidad del derecho es exclusivamente femenina. Así se ha configurado al estar inicialmente concebido para la recuperación física de la mujer trabajadora tras el embarazo, el parto y el puerperio, así como para el mantenimiento del empleo de la mujer ante la maternidad o la lactancia natural que, biológicamente, van unidas a ella. Ahora bien, este permiso también tiene por finalidad la atención a la criatura recién nacida; por ello, la atribución de la titularidad del permiso a la madre, más allá de las seis semanas obligatorias de suspensión tras el parto, supone el fomento del rol de la mujer como cuidadora. Al atribuirse este derecho a las madres trabajadoras, también se les impone el deber del cuidado de las criaturas recién nacidas, lo que lleva aparejado el mantenimiento de las desigualdades laborales por razón de género.

3ª. En el caso de adopción o acogimiento la titularidad es compartida por ambos progenitores. La justificación de la diferente regulación de ambas figuras se asienta en que, en el supuesto de parto, prevalece la protección de la salud de la madre trabajadora y su recuperación tras el alumbramiento, mientras que, en el supuesto de adopción o acogimiento, lo que prima es la inserción familiar y la creación de vínculos de afectividad entre los progenitores adoptantes o acogedores y la persona menor adoptada o acogida, que no siempre será una criatura recién nacida (como sucede en caso de parto), y por tanto su integración en la familia se hace más complicada.

4ª. Los períodos de suspensión contractual por maternidad pueden disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, pudiendo ser ejercidos por cualquiera de los progenitores de forma simultánea o sucesiva. De acuerdo con esta precisión, en el supuesto de parto, los progenitores solo podrán disfrutar del permiso a tiempo parcial durante 10 semanas, pudiendo alargarlo hasta 20, pues las 6 primeras son de descanso obligatorio a tiempo completo para la madre, lo que supone una duración total de 26 semanas de licencia. Sin embargo, para los progenitores adoptantes o acogedores, el descanso a tiempo parcial se puede disfrutar desde la primera semana, lo que conlleva que se alargue la duración del permiso hasta 32 semanas.

5ª. En el empleo público sometido al Derecho Administrativo se aprecian dos diferencias notables respecto al personal sujeto al ordenamiento laboral:

-Durante el disfrute del permiso por parto, adopción o acogimiento, el progenitor funcionario podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

-La existencia de un permiso retribuido para las funcionarias en estado de gestación a partir de la semana 37 de embarazo y hasta la fecha del parto. Este descanso retribuido en los días próximos al alumbramiento no se contempla para las trabajadoras del sector privado que, aunque pueden disfrutar del permiso con anterioridad al parto, no lo suelen hacer para agotar la duración total del permiso tras el nacimiento, con la finalidad de tener más tiempo para conciliar vida laboral y crianza.

6ª. En el permiso por maternidad en las familias formadas por personas del mismo sexo se aprecia que:

a) Las parejas formadas por dos hombres accederán siempre al permiso por maternidad través de la adopción o acogimiento. No obstante, existe otra vía, la maternidad subrogada, -expresamente prohibida en nuestro Ordenamiento Jurídico-, lo que genera una situación especial de filiación que no contempla ni el art. 48 ET, ni el art. 177 LGSS, ni tampoco el RD 295/2009 por el que se regulan las prestaciones económicas por maternidad y paternidad. Las primeras sentencias que se están dictando sobre esta materia optan por proteger el interés de la familia; así, con la finalidad de no desatender las necesidades de cuidados de las criaturas nacidas por maternidad subrogada, están haciendo posible el acceso al padre biológico al permiso por maternidad.

b) En los matrimonios de mujeres, el acceso a la maternidad presenta menos obstáculos; además de la posibilidad de adopción o acogimiento conjunta por ambas cónyuges, se puede dar el caso de adopción o acogimiento del hijo o hija biológica de la otra cónyuge, así como la maternidad biológica de una de ellas. En este último caso, la titularidad del permiso es para la madre biológica; la madre no biológica podrá ser beneficiaria del derecho de cesión de su pareja, así como de un derecho propio al permiso por paternidad.

7ª. Podrá ser beneficiaria de la prestación por maternidad cualquier persona trabajadora, con independencia de su sexo. Esta diferenciación tiene su justificación en la existencia de determinados supuestos en los que el padre puede acceder a la prestación por maternidad. Así, serán ambos progenitores beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos de afiliación y cotización. La prestación económica por maternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora que corresponda a cada progenitor; resulta importante que la base reguladora se calcule conforme a la retribución de la persona beneficiaria, sea cual sea, padre o madre, pues es fundamental para no desincentivar el disfrute paterno en caso de que este tenga un salario mayor.

8ª. El subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva del que son beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos para acceder al subsidio por maternidad, salvo el periodo mínimo de cotización, incluye únicamente la maternidad biológica, sin que exista la cesión al otro progenitor, pues su finalidad es dar protección económica a la madre durante las seis semanas posteriores al parto para su recuperación física.

9ª. En la maternidad biológica, aunque la titularidad es materna, el padre puede acceder al disfrute de la misma en algunos supuestos:

a) Cuando la madre le ceda una parte del permiso por maternidad. Es una medida que intenta corresponsabilizar al padre en la crianza, y que vendría a paliar la circunstancia de que cuando está se creó no existiera un permiso por paternidad de disfrute exclusivo para el padre. No obstante, una de las condiciones para que el padre acceda al permiso es que ambos progenitores trabajen; así, si la madre no realiza ninguna actividad, no tendrá derecho y, en consecuencia, no podrá ceder un derecho que no tiene, de manera

que el padre, aunque esté en alta y cumpla con el requisito de cotización mínima exigida, no podrá acceder al permiso.

Esta opción, como medida de conciliación paterna, tiene poca implicación en la práctica siendo su uso escaso, debido a que para el padre no es un derecho propio, sino cedido, por lo se convierte en un mero colaborador en la crianza que asume de forma subsidiaria. También, la lactancia natural influye en una menor presencia del padre. En el año 2015, a nivel nacional, sólo un 1,27% de los procesos por maternidad biológica fueron compartidos por la madre con el otro progenitor. Por Comunidades Autónomas, en los años 2013, 2014 y 2015, destacan Navarra con porcentajes superiores al 2%, y el País Vasco con porcentajes siempre superiores al 3%, siendo esta Comunidad donde se produce un mayor número de cesiones del permiso materno en todo el país. En el polo opuesto se encuentran la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con una tasa de un 0,53% en los años 2013 y 2014, y Extremadura, con un porcentaje de 0,10% en 2015, siendo las comunidades donde menos se comparte el permiso por maternidad entre progenitores.

b) En caso de fallecimiento de la madre: con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad, siendo compatible con la prestación por paternidad. Tanto en la suspensión como en la prestación, se mantiene la titularidad de la madre, aunque se transfiere la totalidad del mismo al padre, incluso en el caso de que ésta no trabaje, evitando así la situación de desprotección de la criatura recién nacida.

c) Que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones. Este es el caso de las profesionales liberales colegiadas, afiliadas a la mutualidad alternativa al RETA de su Colegio profesional, cuando esta no contempla la prestación por maternidad. La LOI estableció este supuesto de disfrute paterno como solución a que estas profesionales no tuvieran cobertura por maternidad en su mutualidad, pero no solucionó el verdadero problema, que era el que hubiera mutualidades profesionales alternativas al RETA que no reconocieran la prestación por maternidad o esta era mínima. El problema se resuelve, en parte, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que establece que las Mutualidades de Previsión Social deberán ofrecer de forma

obligatoria, las coberturas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, pero no establece ni una cuantía ni una duración mínima de esta prestación. Tras la entrada en vigor de esta norma cabe entender que este supuesto de disfrute íntegro por el padre del permiso y de la prestación por maternidad resulta inaplicable, independientemente de la intensidad de la protección por maternidad prevista en la Mutuality de Protección Social alternativa, la cual podría ser muy reducida. Para evitar esta situación de desprotección, mientras se mantenga el privilegiado régimen de opción entre el RETA y la Mutuality para determinadas profesiones colegiadas, las mujeres que ejerzan estas profesiones y deseen tener descendencia, deberían optar por integrarse, en todo caso, en el RETA.

d) Cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones por no estar incluida en el RETA ni en una mutuality de previsión social alternativa. Este supuesto se refiere a cualquier otra situación por la que no exista obligación de inclusión de la trabajadora en el sistema de Seguridad Social. Para aclarar este supuesto se han incluido dos sentencias del TSJ de Murcia, en el caso de paternidad por maternidad subrogada en el extranjero, donde la madre no está en situación de alta, ni en situación asimilada al alta, en la seguridad social española. El Tribunal falla que como la madre no tiene derecho a prestación por no hallarse en el RETA, ni en una mutuality, y no tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo conforme a la regulación existente en España, el derecho que correspondería a esta, puede ser ejercido por el padre, tanto la suspensión del contrato de trabajo, como el disfrute de la prestación por maternidad.

e) Cuando la madre trabajadora por cuenta propia este incluida en el RETA. Con anterioridad a la LOI, las autónomas no podían ceder este derecho al padre, creando así la Seguridad Social una discriminación con respecto a las madres trabajadoras incluidas en el Régimen General. Más si se tiene en cuenta que para la madre autónoma supone un mayor beneficio poder ceder el permiso al padre debido a las peculiaridades del trabajo autónomo. Es importante que nuestro ordenamiento jurídico permita la cesión al padre trabajador por cuenta ajena, del periodo de descanso no utilizado por la madre autónoma, para promover el emprendimiento femenino y facilitar la actividad autónoma de las mujeres.

f) Si la madre no reúne el período mínimo de cotización accederá a la prestación de maternidad no contributiva, y el otro progenitor, “a opción de la madre”, podrá percibir el subsidio de naturaleza contributiva, descontando la duración de la no contributiva. En este supuesto el padre depende de la decisión de la madre para disfrutar del permiso; aunque esta no tenga derecho a la prestación por carecer de cotización suficiente, le corresponde a ella decidir si el padre disfruta del descanso por maternidad y percibe la prestación contributiva.

10ª. Los procesos por maternidad disfrutados por el padre, incluido el supuesto de adopción y acogimiento -donde la titularidad del permiso es de ambos progenitores-, y todos los supuestos de disfrute paterno del permiso por maternidad constituyen un porcentaje muy bajo respecto del total. La participación masculina en la prestación por maternidad fue de un 1,87% en el año 2015. El disfrute del permiso por maternidad es prácticamente femenino como evidencia que, en los últimos diez años, el 98% de las personas que han percibido la prestación por maternidad hayan sido mujeres. Por Comunidades Autónomas, en el año 2015, la participación masculina en el percibo de la prestación por maternidad oscilaba entre un 1% y un 2% en casi todas las comunidades. Destacan positivamente los padres del norte de España, los vascos con un porcentaje del 5,32%, y los navarros con un 3,24%. En el lado opuesto están los padres murcianos que, de nuevo, presentan el porcentaje más bajo, sólo un 1,01% disfrutaron del permiso por maternidad.

11ª. El permiso por nacimiento de hijo o hija mantiene la finalidad para la que fue creado: conceder tiempo al padre para ir al hospital a conocer a la criatura recién nacida, acompañar a la madre en su estancia hospitalaria, y ocuparse de trámites administrativos, y no para que se implique en los cuidados. Además, por sus características -solo se puede disfrutar en el caso de paternidad biológica, es retribuido por la empresa, se trata de días naturales y no se le aplican las garantías frente al despido disciplinario-, sería más consecuente que esta licencia fuera absorbida por el permiso por paternidad, aumentando su duración y sin coste alguno para la empresa.

12ª. Con la finalidad de que el padre se implique en la crianza, se crea en el año 2007 el permiso por paternidad, que se establece como un derecho individual y exclusivo del padre, y que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de

adopción y acogimiento. Es un derecho del trabajador que no está condicionado a que la madre trabaje y cotice, a diferencia con la suspensión por maternidad, y que supuso un gran paso en corresponsabilidad. No obstante, la titularidad en el permiso por paternidad difiere según el caso: siendo por paternidad biológica, quedará atribuida al padre o al otro progenitor en uniones formadas por dos mujeres, donde la titular del derecho será la cónyuge de la madre biológica. Y tratándose de adopción o acogimiento, la titularidad es de ambos progenitores adoptantes o acogedores, aunque el permiso solo podrá disfrutarlo uno de ellos a su mutua elección.

13^a. El permiso por paternidad tiene una duración de 13 días y se amplía en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo o hija a partir de la segunda, y hasta 20 días por paternidad en familias numerosas y por discapacidad de la criatura. Queda fuera de la ampliación el supuesto de nacimiento prematuro y hospitalización del neonato. A diferencia del permiso de paternidad, la duración del permiso por maternidad es de 16 semanas, ampliables en casos de discapacidad del hijo o hija (en dos semanas), por parto, adopción o acogimientos múltiples (en dos semanas más por cada criatura a partir de la segunda), y por parto prematuro y hospitalización del neonato por un periodo superior a siete días, (en tantos días como se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales). Estas ampliaciones vienen justificadas por las necesidades de cuidados mayores y especiales en estas situaciones familiares, aunque quedan fuera la ampliación en caso de familias monoparentales formadas principalmente por mujeres.

14^a. El permiso por paternidad no es nuevo para los empleados públicos, puesto que el Plan Concilia de la Administración General del Estado contemplaba ya esta medida. La duración estipulada por el EBEP para los padres funcionarios es de 15 días, aparentemente mayor que para los sujetos al ET, pero hay que tener en cuenta que al personal laboral se le suman los días del permiso por nacimiento. No se contempla para los progenitores funcionarios una duración adicional para nacimientos, adopciones y acogimientos múltiples, ni la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial.

15^a. El RD 295/2009 da a la prestación por paternidad el mismo tratamiento jurídico que a la de maternidad, pero con algunas diferencias en perjuicio de los padres:

-Los períodos mínimos de cotización para acceder a la prestación contributiva por maternidad se establecen en función de la edad de la trabajadora, o, en su caso, del trabajador. Se hace esta distinción en función de la edad para paliar la falta de cotización de los progenitores más jóvenes y facilitar que puedan acceder a la prestación; así, en el caso de que sean menores de 21 años, no se exige periodo de carencia, y se establece una carencia más reducida para los menores de 26 años. Sin embargo, en la prestación por paternidad no se establecen estas reducciones, y se exige el mismo periodo mínimo que en la prestación por maternidad a partir de los 26 años del progenitor.

-No existe un subsidio no contributivo por paternidad para dar cobertura a los padres que no tengan cotización suficiente para acceder a la prestación contributiva. Aunque la finalidad del subsidio de maternidad no contributivo es la protección materna tras el parto, este permiso paterno no contributivo podría fomentar la corresponsabilidad en los padres muy jóvenes, que serán los que no tengan cotización para acceder al permiso.

-No se reconoce la posibilidad de anticipar el disfrute de la suspensión por paternidad en el supuesto de adopción internacional.

-Con el disfrute a tiempo parcial obligatoriamente al 50%, no se da opción al padre de elegir el fraccionamiento del permiso para adaptarlo a sus necesidades familiares y laborales.

16^a. El acceso materno al permiso por paternidad biológica es inexistente, pues la madre no podrá disfrutar del permiso, que corresponde en exclusiva al padre biológico. Ni siquiera se contempla esta posibilidad en los casos de ausencia paterna, por defunción del padre, o cuando el padre no reúne los requisitos para acceder al permiso. Además, al ser el permiso por paternidad voluntario si el padre decide no usarlo, este se pierde, y no puede ser aprovechado por la madre. Sí puede acceder la madre al permiso por paternidad por adopción; paradójicamente, si el padre hubiera disfrutado íntegramente del descanso y la prestación por maternidad, a la madre le correspondería, también íntegramente, el de paternidad.

17^a. Las tasas de uso por parte de los hombres de la parte transferible del permiso por maternidad, de las excedencias y de las reducciones de jornada por cuidado de familiares son muy bajas. En cambio, en el único permiso al que tienen derecho de forma individual y que no es transferible, -el permiso por paternidad-, la tasa de uso

supera el 80% desde el año 2009, y va en aumento. Así, en el año 2015, más de un 85% de padres disfrutó del permiso por paternidad. Por Comunidades autónomas, en ese mismo año, destacan los padres manchegos con una tasa de uso del 98,77%. Asimismo, es relevante el comportamiento de los padres del sur del país, pues en el año 2015, tan solo un 1,01% de los padres murcianos hizo uso del permiso por maternidad, sin embargo, un 93,65% de ellos disfrutaron del permiso por paternidad. Esta pauta se repite en los padres ceutís con un uso del 1,24% del permiso por maternidad frente al 72,76% del de paternidad; y los padres andaluces, con una tasa de uso del permiso materno de un 1,29% frente al 77,07% del permiso paterno. Esto evidencia que los hombres españoles responden mejor a los permisos de los que son titulares y no resultan transferibles.

18ª. El retraso prolongado de la ampliación del permiso por paternidad a cuatro semanas -que se según la LPGE para el año 2016 se llevará a cabo el 1-1-2017-, perjudica a los hombres en su derecho a ejercer la paternidad, supone un lastre para la conciliación masculina, y mantiene la discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad. Asimismo, seguir manteniendo su duración en 13 días supone una discriminación hacia los hombres frente a las mujeres que tienen un permiso 99 días mayor.

19ª. Nuestro ordenamiento jurídico ha equiparado la licencia por paternidad con la de maternidad, en cuanto a los efectos que estas suspensiones tienen en los derechos laborales de las personas que las disfrutan: el disfrute de las vacaciones tras los periodos de suspensión, el cómputo de los permisos a efectos de antigüedad, la protección frente al despido, y otros derechos laborales. Igualmente, ha equiparado los efectos de la maternidad y paternidad en el ámbito de la Seguridad Social a efectos de bonificaciones en contratación de personas interinas durante los periodos de licencia, la bonificación empresarial durante la misma, y otras situaciones.

20ª. Del análisis realizado a 20 Convenios Colectivos de ámbito nacional, se desprende que ninguno de los convenios estudiados hace una mejora de la protección por maternidad más allá de lo legalmente establecido. En cuanto al permiso por nacimiento, el aumento de la protección es muy escasa; solo 11 de ellos amplía lo establecido por el ET, siendo este aumento en un solo día en la mayoría de los casos. Y en el permiso por

paternidad, igual que sucede con la maternidad, estos convenios no mejoran la regulación ya existente en nuestra legislación laboral. Se puede concluir que la protección por maternidad y paternidad en los convenios colectivos es muy reducida, y la mayoría de las mejoras que introducen son a través de permisos no retribuidos.

21^a. Del examen realizado a 37 Planes de Igualdad se desprende que, dentro de la negociación colectiva, son ellos los que amplían la protección por maternidad y paternidad. Nueve de los 37 planes estudiados mejoran la regulación legal existente, siendo la medida utilizada con más frecuencia la ampliación del tiempo de concesión de las disposiciones legales. Los Planes de Igualdad estudiados establecen medidas para mejorar la protección tanto por maternidad como por paternidad. Además dos PI (IKEA Ibérica y Mantequerías Arias, SA) establecen medidas para incentivar la implicación del padre en las responsabilidades familiares. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que de estas medidas únicamente se benefician las personas que trabajan en las empresas que los elaboran y aplican -normalmente empresas grandes, con más de 250 personas trabajadoras-, el resto se beneficia de las mejoras que contemple el Convenio Colectivo aplicable en su empresa, y en caso de no existir mejoras, estarán a lo dispuesto en la legislación vigente. En general, como se ha señalado, se benefician de una mayor protección las personas que trabajan en las grandes empresas.

22^a. En las medidas de apoyo a nivel fiscal, cabe destacar la “deducción por maternidad”, por ir destinada exclusivamente a las mujeres trabajadoras con descendientes menores de 3 años. Es una medida que debería ser para todas las personas que trabajen, pues negarles este derecho a los hombres crea un precedente de discriminación jurídica en nuestro sistema de impuestos, y supone establecer que el cuidado de los niños y niñas es exclusivo de las mujeres. No obstante, cuando se creó esta medida se le dio el tratamiento de acción positiva, con la finalidad de incentivar el empleo a tiempo completo de las mujeres casadas y compensarlas por su menor renta. Sin embargo, una ayuda de 100 euros mensuales no parece un incentivo suficiente para que las madres trabajen a tiempo completo; más bien el efecto de esta medida, es el de fomentar la continuidad de la mujer casada en el rol de cuidadora y trabajadora a doble jornada.

23^a. Las ayudas familiares de la Seguridad Social a las que pueden acceder tanto hombres como mujeres, dan una escasa protección a las familias, en especial a las mujeres que son sus principales beneficiarias. Únicamente son cuantiosas cuando la persona menor a cargo, está afectada por una discapacidad considerable, a partir de un 65%. En el caso de una familia con un descendiente sin discapacidad -y siempre que los progenitores tengan unos ingresos muy reducidos-, podrán cobrar la ridícula cantidad de 24,25 euros al mes por hijo o hija. Por su parte, la prestación económica de 1.000 euros que se reconoce en caso de familias numerosas, familias monoparentales y cuando la madre padezca una discapacidad igual o superior al 65%, es muy insuficiente para compensar las especiales necesidades en estas familias.

24^a. Una vez finalizados los permisos por maternidad y paternidad, los progenitores tienen que volver a la vida laboral, y tienen que compatibilizar esta con la crianza; para hacerlo posible cuentan con las medidas de conciliación. En nuestro Ordenamiento Jurídico existe igualdad de género formal (o legal) en todas ellas, sin embargo, son usadas principalmente por las mujeres y ellas son las principales perjudicadas de la parte negativa de estas medidas.

Así, el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos e hijas es principalmente femenino. En los últimos diez años, de media, fue disfrutada por “el 4,5% de los padres frente al 95,50% de las madres”. El uso de las excedencias por cuidado de familiares también es femenino aunque en menor proporción; así, el uso masculino representa el 15,08% y el femenino el 84,92%, de media en los últimos diez años; esto evidencia que los hombres se implican más en el cuidado de familiares que en el cuidado de criaturas de corta edad. Por otra parte, se pone de relieve que pese a que las excedencias familiares en España tienen una duración considerable, al ser un permiso no remunerado, es una de las medidas de conciliación menos solicitadas, tanto por mujeres como por hombres.

El permiso por lactancia ha variado poco desde su creación en 1900, las únicas modificaciones que ha sufrido son la flexibilización de su disfrute, la introducción de la posibilidad de acumularlo en jornadas y el aumento en caso de parto múltiple. No obstante, el avance más significativo es que ha dejado de ser una protección de la maternidad, al perder el sentido por el que fue creado (la alimentación de los hijos o

hijas mediante la lactancia natural en exclusiva). En la actualidad, el término lactancia no se refiere a la nutrición ya sea natural o artificial, sino que ahora la finalidad de este permiso es la atención especial que requiere la criatura recién nacida en sus primeros días de vida; por ello, puede ser disfrutado por el padre desde el año 2012, y constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, aunque sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

Los progenitores, por el nacimiento prematuro de un hijo o una hija, o cuando el neonato precise hospitalización tras el parto, pueden optar por disfrutar de un permiso retribuido por la empresa de una hora diaria o una reducción de jornada de hasta dos horas con la correspondiente reducción salarial. Estas licencias serán disfrutadas casi en exclusividad por el padre, ya que la madre tras el parto estará de permiso por maternidad, al menos en las seis primeras semanas de hospitalización del neonato. Por otra parte, el permiso retribuido de una hora diaria, no es tiempo suficiente para procurar cuidados al neonato, aun cuando la distancia entre el hospital y el centro de trabajo del padre no sea mucha; por tanto, resulta obvio que será preciso acudir a la reducción de jornada o a la ampliación de hasta trece semanas del permiso por maternidad para estos casos, que pueden disfrutar ambos progenitores.

La reducción de jornada para el cuidado de hijos o hijas menores de doce años, de una persona con discapacidad o un familiar, puede solicitarla cualquiera de los progenitores independientemente de la situación laboral del otro, incluso ambos al mismo tiempo. La parte positiva de esta medida de conciliación es que viene a cubrir una necesidad de disponibilidad horaria de las personas trabajadoras para afrontar los cuidados. Y como aspectos negativos, tiene: un efecto perjudicial sobre las pensiones/prestaciones; un efecto negativo para las empresas que tienen que cubrir la jornada reducida de la persona trabajadora; afecta a la promoción profesional y permanencia en la empresa de la persona que la disfruta; y supone para ella una pérdida de poder adquisitivo, al reducirse el salario de forma proporcional a la reducción de jornada practicada. Asimismo, es utilizada principalmente por las mujeres (según la EPA, en el año 2010, del total de personas con al menos un hijo o hija menor de ocho años, que redujeron su jornada el 85,1% fueron mujeres y sólo un 14,9% hombres). Esta medida hace que el hombre quede como principal sustentador económico de la familia, mientras que la mujer, al trabajar a tiempo parcial, será una mera colaboradora en el sustento familiar,

perpetuando el rol de género; la mujer al estar más tiempo en casa, será la que realice las tareas domésticas y las tareas de cuidado que finalmente son el motivo por el cual ha reducido su jornada laboral. En definitiva, esta medida sirve principalmente para hacer más llevadera a las mujeres la doble jornada.

A la excedencia y la reducción de jornada por cuidado de familiares tienen derecho quienes se encarguen del cuidado directo de un familiar hasta el 2º grado, de consanguinidad o afinidad. La inclusión de los familiares afines se traduce en el cuidado de los parientes del marido por parte de la mujer trabajadora.

La única medida de conciliación donde se puede decir que se ha aplicado la perspectiva de género es en la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Como el resto, se configura como un derecho individual de cada persona trabajadora, hombre o mujer, pero la novedad sustancial de esta reducción de jornada frente a las demás es la prestación de la Seguridad Social; así, al estar retribuida, los padres estarán más motivados para acogerse a ella. Además, cuando ambos progenitores tuvieran derecho al subsidio solamente se le reconocerá a una de ellos, aunque mediante acuerdo entre ambos progenitores y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse el subsidio entre ellos por periodos no inferiores a un mes. Con esta opción, el padre y la madre podrán ausentarse por igual del trabajo para atender a la persona menor enferma; teniendo en cuenta que estas enfermedades suelen ser largas y la reducción de jornada puede durar bastante tiempo, es una medida muy favorable para que concilien ambos progenitores sin salir perjudicados.

En las medidas de conciliación en el empleo público, las principales diferencias respecto al personal laboral sujeto al ET son:

- a) En la excedencia, se duplica el tiempo de reserva del puesto de trabajo (2 años).
- b) El permiso por lactancia se amplía hasta que la persona menor tenga “doce meses” siendo para el personal laboral hasta los nueve meses. El EBEP, al igual que el ET, establece que este derecho puede ser ejercido por cualquiera de los progenitores, siempre que ambos trabajen; sin embargo únicamente le reconoce a “la funcionaria” la posibilidad de sustituir el tiempo de lactancia por un permiso retribuido acumulable en jornadas completas, dejando fuera de este derecho al funcionario.

- c) En el permiso por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, se amplía la protección para el funcionariado a una licencia retribuida de hasta dos horas diarias, frente a la de los progenitores de la empresa privada que solo tienen una hora. Este incremento le da la posibilidad de poder desplazarse desde el centro de trabajo hasta el hospital, siendo además más útil para el funcionariado que generalmente trabajan en horario continuo y podrán salir dos horas antes o entrar dos horas después del trabajo.
- d) En la reducción de jornada por guarda legal, el EBEP no la limita al no establecer un porcentaje mínimo ni máximo, a diferencia del límite establecido para el personal laboral (un octavo y un máximo de la mitad de la duración de la jornada diaria).
- e) En el permiso por cuidado de hija o hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave, la protección para el funcionariado es similar a la de los que trabajan en la empresa privada o por cuenta propia, con la salvedad de que, en el empleo público, la retribución durante la reducción es asumida por la entidad donde presta sus servicios y para el personal laboral es asumida por la Seguridad Social.
- f) La única medida del EBEP que no existe en el ET es la reducción de hasta el 50% de la jornada, con carácter retribuido, para atender el cuidado de un familiar de primer grado, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. En este supuesto si hubiera más de un titular del derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre ambos, padre y madre.

25^a. El concepto de maternidad y paternidad para la ciudadanía es uno de los factores determinantes de la situación laboral de las mujeres, pues a partir de este concepto se ha realizado la protección jurídico-laboral dada por nuestro ordenamiento jurídico a la suspensión/prestación por maternidad y paternidad. Sin embargo, existe una incongruencia en la denominación de los permisos: un hombre que sea padre biológico, adoptante o acogedor, puede acceder al permiso por “maternidad”; e, igualmente, una mujer puede disfrutar del de “paternidad”, cuando la otra progenitora es también mujer, y en el caso de adopción o acogimiento. Estas categorías no solo tienen una definición biológica, sino un fuerte componente sociológico, que puede provocar cierto rechazo a los hombres a solicitar el permiso por maternidad, pues con esta denominación se asocia a que es una licencia para mujeres, y su uso y disfrute es únicamente para la mujer que ha sido madre.

26ª. En España, las dificultades de los progenitores (en especial las mujeres) para tener descendencia sin renunciar al trabajo determinan que exista una bajísima tasa de natalidad y que se haya retrasado la edad de la maternidad. Así en el año 2013, el número medio de hijos/hijas por mujer era de 1,27. La edad media en la que se tiene el primer hijo o hija se sitúa en los 31,7 años; y, en más de la mitad de los nacimientos (58,67%), las madres tenían una edad comprendida entre los 32 años y los 50 o más. Otra consecuencia de la caída de la natalidad es que, los permisos por maternidad se han reducido casi un 20% y los de paternidad un 15%.

Se comprueba que tener descendencia afecta la participación laboral de hombres y mujeres. En el caso de los hombres, la tasa de empleo va en aumento cuando tienen hijos o hijas con una edad inferior a los 12 años. Por el contrario, en el caso de las mujeres, a medida que se incrementa el número de hijos o hijas menores de 12 años, disminuye la tasa de empleo. Sigue imperando el concepto de que el hombre tiene que trabajar para mantener a la prole y la mujer dejar de trabajar para ocuparse de criarla. En cuanto a la interrupción de su trayectoria profesional por tener descendencia, en el año 2010, de las personas que decidieron dejar de trabajar -sin considerar la excedencia-, para atender a un hijo o hija menor de ocho años; 9 de cada 10 fueron mujeres.

Por otra parte, las mujeres que permanecen en el mercado de trabajo compatibilizando vida familiar y profesional, lo hacen en desigualdad de condiciones respecto al hombre en las siguientes circunstancias:

- a) En el acceso al empleo; a pesar del mandato legal que prohíbe la discriminación directa o indirectamente de las mujeres, o una vez empleadas, por razones de sexo y estado civil, siguen apareciendo ofertas de empleo de carácter sexista, y durante las entrevistas de trabajo, las empresas continúan preguntado por el estado civil de las candidatas y sobre la intención de tener descendencia en un futuro.
- b) En la contratación: en el año 2014 “la tasa de contratación femenina” era del 43,64%, generando una brecha de género de casi trece puntos porcentuales. En cuanto a la modalidad de contratación femenina, -según el informe del Observatorio de las Ocupaciones del SEPE en el año 2014-, los contratos temporales, con diferencia, son los más frecuentes entre las mujeres. Este informe pone de manifiesto la escasa contratación indefinida, incluso en los contratos que tienen bonificaciones en la Seguridad Social, que no llegan a un 3%. Asimismo, la modalidad donde menos

mujeres se contratan es en los contratos suscritos con personas con discapacidad, tanto indefinidos como temporales, a pesar de que esta contratación esta bonificada en sus dos modalidades (indefinida y temporal), y que en ambas tiene mayor bonificación la contratación de mujeres. Esto evidencia la doble discriminación en el empleo que sufren las mujeres discapacitadas (por ser mujer y por tener una discapacidad), a pesar de los incentivos económicos para las empresas por parte de los poderes públicos.

c) En el recurso a la contratación a tiempo parcial: esta modalidad contractual se presenta como una opción que permite a las mujeres conciliar vida familiar y laboral, pero que, sin embargo, tiene evidentes desventajas a tener en cuenta. Por lo pronto, dificulta el acceso a la formación y promoción. Generalmente también implica temporalidad, pudiéndose dar lugar a que este tipo de empleos se cataloguen como “trabajos de mujeres”. Asimismo, como la retribución es proporcional a la duración de la jornada, la utilización del contrato a tiempo parcial, principalmente, por mujeres permite aumentar la brecha salarial de estas con los hombres. Por último, no se debe obviar que esta proporcionalidad se traslada también a la cuantía de las prestaciones/pensiones de la Seguridad Social, resultando sensiblemente más reducidas en el caso de las mujeres que de los hombres.

27^a. Las medidas de conciliación, cuya finalidad es la permanencia de las personas con responsabilidades familiares en el empleo, en especial de las mujeres, pueden resultar poco atractivas o descartables para evitar eventuales represalias empresariales por hacer efectivo el derecho a la licencia por maternidad y las medidas de conciliación. La mayor represalia que puede sufrir una madre trabajadora es el despido, aunque en este supuesto la mujer trabajadora está protegida al amparo del art. 55.5 ET. No obstante, la discriminación por razón de sexo, en otras ocasiones, es más difícil de detectar, como por ejemplo, sucede cuando la represalia no es el despido sino la no renovación de un contrato temporal o la extinción del contrato temporal. Según un informe de la Fundación Madrina, nueve de cada diez embarazadas sufren “mobbing maternal”, es decir, violencia o acoso, especialmente en su entorno laboral. Las consecuencias del “acoso laboral maternal” son, principalmente, el despido, la degradación en las funciones y la no renovación del contrato de trabajo temporal.

28^a. Asimismo, las medidas de conciliación pueden obstaculizar la carrera profesional de las mujeres, en especial, aquellas en puestos de responsabilidad, a las que pedir una

excedencia o una reducción de jornada les perjudica, especialmente, en su promoción. Cada vez adquiere más protagonismo el llamado “techo de cemento”, constituido por las limitaciones que las trabajadoras se “autoimponen” para su crecimiento profesional porque conlleva mayor entrega en el trabajo y menos dedicación a la familia, lo que les genera un sentimiento de culpabilidad. Las mujeres en puestos de responsabilidad se enfrentan a un dilema “ser madres o ser ejecutivas”.

29^a. En la brecha salarial de género propicia que, en las parejas, cuando hay que conciliar profesión y crianza, sean las mujeres quienes deciden hacerlo. Cuando las mujeres, -aunque sea por una elección personal-, acceden a una reducción de jornada para atender familiares, esta decisión va ligada a una reducción salarial; del mismo modo, cuando disfrutan de una excedencia, la misma implica la pérdida temporal de su salario. Asimismo, cuando una mujer renuncia a un ascenso está renunciando a un aumento salarial. Según un estudio de UGT, las responsabilidades familiares afectan al salario de las mujeres. Los complementos salariales de nocturnidad, festivos, sábados y domingos- generalmente los de mayor cuantía- se corresponden con la prestación de servicios los días de la semana que entrañan mayor dificultad para la conciliación de la vida familiar y profesional. Asimismo, la retribución de las horas en los contratos a tiempo parcial o temporales es menor, lo incide directamente en el empleo femenino.

30^a. Que las mujeres no participen en igualdad de condiciones que los hombres en el mercado de trabajo, hace que la protección dispensada por la Seguridad Social sea de menor intensidad, al estar condicionadas las prestaciones-pensiones del sistema a la cotización previa. Por ello, a fecha 1 de noviembre de 2015, existe una brecha de género en las pensiones, en España, de un 38% en la pensión de jubilación y un 18,16% en la pensión de incapacidad permanente.

Precisamente, para evitar los efectos negativos de las medidas de conciliación en particular, y de la maternidad en general, en las futuras prestaciones y pensiones de las mujeres, se establecen las “acciones positivas”. Esta protección tiene una doble cara. Por un lado, compensa las desigualdades derivadas de la crianza y el cuidado familiar y que afectan a las futuras pensiones de las mujeres. Y, por otro lado, podría tener el efecto de motivarlas para retirarse voluntariamente del empleo a fin de dedicarse a los cuidados, o frenar sus aspiraciones a la promoción profesional. Pero, nunca estas

medidas podrán igualar los beneficios de tener un empleo remunerado. Además, socialmente se crea la percepción de que es a la mujer a quien le corresponden las tareas de los cuidados. No obstante, se hacen necesarias estas acciones positivas para compensar la discriminación laboral de las mujeres y sus renunciaciones laborales a consecuencia de la maternidad. Su existencia es precisa hasta que no haya una situación igualitaria entre ambos sexos en cuanto a la implicación en la crianza y cuidados de familiares.

31^a. Aun existiendo las acciones positivas, acogerse a algunas de las medidas de conciliación tiene consecuencias negativas que repercuten en el acceso a determinadas prestaciones y pensiones de la Seguridad Social y a su cuantía, que aunque afectan al conjunto de personas trabajadoras, tienen mayor trascendencia en el caso de las mujeres.

Las medidas de conciliación que no tienen ninguna incidencia en las futuras prestaciones y pensiones son: Los permisos por maternidad y paternidad, pues cotizan al sistema de Seguridad Social; la excedencia por cuidado de hijos o hijas, pues los tres años de su duración computan como cotización efectiva; y la reducción de jornada por cuidado de menor afectado de cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, donde se computan incrementadas las cotizaciones hasta el 100% de la jornada a efectos de prestaciones de la Seguridad Social.

Sin embargo, hay otras medidas de conciliación que sí afectan a determinadas prestaciones o pensiones:

-En la “prestación por maternidad y paternidad”, la reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas después de los dos primeros años, le afectará si se produce un nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, pues el progenitor tendrá una base de cotización reducida, lo que disminuirá el subsidio. Lo mismo sucede, si se produce a partir del segundo año de la reducción por cuidado de familiares.

-En la reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas y de familiares, las cotizaciones ficticias no se aplican en los casos de “incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, y riesgo durante la lactancia natural”; por tanto, en esos supuestos, la cotización que se computará a todos los efectos será la realizada a tiempo parcial.

Además, hay que tener en cuenta que las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia afectan únicamente a las mujeres. Igualmente, en caso de IT serán también ellas las principales perjudicadas al ser las que mayoritariamente reducen su jornada.

-En las “prestaciones por muerte y supervivencia”, que el segundo año de excedencia por cuidado de familiares no compute como cotizado, puede afectar al cumplimiento del período de cotización exigido en el supuesto de enfermedad común, cuando se trate de personas trabajadoras con una escasa carrera de cotización. Y si el fallecimiento del progenitor es por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional, el perjuicio es mayor al calcularse la base reguladora en función de las retribuciones de los doce meses anteriores; así, si en ese tiempo la persona fallecida tenía la jornada reducida disminuirá la base reguladora sobre la cual se calculará la pensión de viudedad.

También la reducción de jornada por nacimiento de prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, afectará a las prestaciones por muerte y supervivencia, si se produce el fallecimiento del progenitor durante la hospitalización del neonato.

-En la “incapacidad permanente parcial”, por enfermedad común, aunque el periodo de carencia no es muy elevado (5 años), la excedencia por cuidado de familiares a partir del segundo año puede afectar a las personas con una escasa vida laboral. En este tipo de incapacidad el mayor perjuicio se presenta cuando la persona trabajadora tiene la jornada reducida por cuidado de menores de 12 años, y se produce la incapacidad tras los dos primeros años de reducción, al ser la prestación una indemnización igual a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo del subsidio de IT del que se deriva la incapacidad permanente, y estar esa base reguladora reducida. Lo mismo sucede con reducción por cuidado de familiares tras el primer año. Por último, la reducción de jornada por nacimiento de hijas o hijos prematuros o que, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, únicamente tendrá una incidencia negativa si con posterioridad al disfrute de esta reducción, exactamente al mes siguiente, la persona trabajadora entra en proceso de IT y éste deriva en una incapacidad permanente parcial.

-En la “incapacidad permanente total”, si deriva de enfermedad común, para determinar la base reguladora el periodo de tiempo que se toma para el cálculo son las bases de cotización de los últimos 8 años; este no es muy elevado, pero en el caso de personas

jóvenes, si han reducido su jornada para atender la crianza más allá de los 2 primeros años, esta afectará directamente en el cálculo de la base reguladora de la prestación; así afectará menos cuanto mayor sea la edad de la persona beneficiaria pues ya no estará inmersa en la crianza. Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la BR se calcula sobre los salarios del año anterior a la incapacidad, y si en ese año la persona beneficiaria ha estado con la jornada reducida por cuidado de hijos, hijas u otros familiares, no estando este período afectado por la cotización ficticia, la base reguladora se calculará íntegramente sobre las bases de cotización reducidas.

-En la “Incapacidad permanente absoluta y gran invalidez”, el mayor perjuicio se da cuando la incapacidad deriva de enfermedad común o accidente no laboral, en situación de “no alta”, pues la persona beneficiaria deberá tener cubierto un período genérico de cotización de 15 años y otro período específico de cotización de 3 en los últimos 10 años. En el caso de personas que lleven inactivas mucho tiempo por dedicarse a la crianza, o al cuidado de familiares, les será muy complicado cumplir con este requisito de cotización mínima.

-En la “pensión de jubilación” para causar derecho al 100% de la pensión, las personas trabajadoras están obligadas a tener una extensa vida laboral; esto es algo difícil para ambos sexos, pero, en especial, para las mujeres que sean madres. Y en el caso de acogerse a una medida de conciliación:

-El segundo año de “la excedencia por cuidado de familiares”, que no computa a efectos de cotización, perjudicará a la futura pensión de jubilación de la persona excedente, al fijarse el porcentaje aplicable a la base reguladora en función de los años cotizados. Es más, si ese tiempo que no computa como cotizado, tuviera que tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de la base reguladora, se incorporarían, por dicho período, las correspondientes bases mínimas de cotización.

-La medida de conciliación que más perjudica a la pensión de jubilación es, sin lugar a dudas, “la reducción de jornada por cuidado de hijos o hijas”. El período de cotización no se ve afectado por esta medida, pues la persona que disfruta de la reducción está trabajando y cotizando. Sin embargo, si afectará al cálculo de la base reguladora, si la reducción de jornada se ha producido dentro de los años que se tienen en cuenta para su cálculo. La reducción de jornada por cuidado de una criatura puede durar hasta que esta cumpla 12 años, y con excepción de los dos primeros, en el resto hasta diez la base de

cotización estará reducida en función de la reducción de jornada. Teniendo en cuenta la franja temporal tan amplia para el cálculo de la base reguladora -las bases de cotización de los últimos 25 años-, es muy probable que algunos de los años con jornada reducida estén dentro de ella. Y, en el caso de una maternidad tardía, probablemente estarían incluidos todos los años de cotización reducida. Además, el efecto perjudicial de la reducción de jornada por cuidados es acumulativo, pues se da por cada una de las reducciones de jornada que a lo largo de su vida laboral pueda disfrutar la futura persona pensionista, pudiéndose producir por cada una de ellas los efectos negativos mencionados.

32^a. En cuanto a los permisos parentales en otros países, en Europa ningún país se aproxima a la situación de plena igualdad, aunque destacan dos países, Islandia y Suecia. En ambos, el diseño del sistema está pensado para la protección de la infancia, la igualdad de género y la inclusión del padre en los cuidados.

La mayoría de los países, a nivel mundial, según la OIT, cumplen con la duración de la licencia por maternidad del Convenio núm. 183 -14 semanas-, y solo dos, de los 185 países y territorios estudiados por esta organización, Papúa Nueva Guinea y los Estados Unidos de América, tienen una licencia por maternidad obligatoria, y no prevén prestaciones pecuniarias obligatorias durante la misma. En este sentido, es significativa la duración del permiso maternal en algunos países donde supera los seis meses. Esta licencia tan extensa no va acompañada de una licencia por paternidad o, si la tiene, es bastante menor, como es el caso de Reino Unido, con una licencia por paternidad de 14 días frente a la de maternidad de un año; o Croacia, con la licencia maternal más larga del mundo (410 días) y una licencia de paternidad de tan sólo 7 días.

La OIT no tiene normas sobre la licencia por paternidad; pese a ello, el derecho obligatorio a la licencia rige en 78 de los 167 países sobre los que la OIT dispone de información. En la mayoría de ellos (70), la licencia es remunerada; y su duración varía, pero solo cinco países (Eslovenia, Finlandia, Islandia, Lituania y Portugal) ofrecen periodos que superan las dos semanas de licencia pagada. En casi todos los países el padre tienen la posibilidad de decidir si gozar o no de su derecho, siendo obligatoria en Chile, Italia y Portugal. Y solo ocho países, a nivel mundial, disponen de un permiso exclusivo para el padre de duración superior al permiso español.

33^a. Tras analizar los permisos por maternidad y paternidad, y las medidas de conciliación, y teniendo en cuenta la situación de la que partimos –el concepto de maternidad y paternidad para la ciudadanía, la baja tasa de natalidad, la discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad, y la incidencia de esta en sus carreras de seguro-, se evidencia la necesidad de mejorar las actuales políticas de conciliación para convertirlas en instrumentos que mejoren la igualdad de género, y que a su vez sean capaces de dar respuesta a las necesidades demográficas. Para ello, se proponen en este trabajo una serie de soluciones con perspectiva de género.

Las políticas públicas deben dirigirse no tanto a la conciliación sino más bien a la corresponsabilidad, ya que esta última es el mejor camino para conseguir un mayor nivel de igualdad entre hombres y mujeres; igualdad que no será real mientras que los hombres no asuman su 50% del trabajo reproductivo y del trabajo doméstico que les corresponde.

Para ello, las políticas de igualdad deben ir dirigidas hacia la sensibilización y la educación en igualdad. Educar en igualdad desde la base (educación infantil y primaria), y continuar en las siguientes etapas educativas para cambiar las actitudes en las nuevas generaciones.

Otra política pública efectiva sería la realización de campañas de información a nivel institucional para que los progenitores, hombres y mujeres, conozcan las medidas de conciliación y permisos laborales disponibles en nuestra legislación, a los que tienen derecho, y sean conocidos y disfrutados por ambos progenitores por igual. Así mismo, sería oportuno realizar campañas de sensibilización y concienciación dirigidas a los hombres, para que participen de forma responsable en los cuidados familiares y en las tareas del hogar, y a la vez animarles a que hagan uso de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

Las campañas de concienciación también deben ir dirigidas a las empresas, las familias y la sociedad en su conjunto, para evitar que los hombres que deciden implicarse en la crianza o los cuidados de familiares resulten perjudicados y sean discriminados, como les sucede a las mujeres.

Por otra parte, tras comprobar los efectos negativos de la reducción de jornada, se puede concluir que quizás esta no sea la solución más adecuada para compatibilizar trabajo y familia, siendo más recomendable la distribución de la jornada laboral. Las estadísticas confirman que es uno de los métodos más demandados como medida de conciliación; sin embargo, según datos de la EPA, respecto a la posibilidad de las personas trabajadoras de fijar o modificar su horario, se aprecia la poca flexibilidad horaria que opera en nuestras empresas.

La flexibilidad horaria es una medida de conciliación muy eficaz, pues en contra de otras medidas de esta naturaleza, como la reducción de jornada o la excedencia, que garantizan la ausencia prolongada del trabajo, esta opción permite la presencia de las personas trabajadoras en el puesto. Así, los horarios flexibles, la semana laboral comprimida, la jornada intensiva, el crédito de horas, el banco de horas, primar la dirección por objetivos a las horas de presencia, el cumplimiento estricto de la jornada legalmente establecida (40 horas semanales), y la introducción de horarios laborales más acordes con la vida privada de las personas trabajadoras; son medidas que no tienen ningún coste económico para la empresa y contribuyen a reducir el absentismo laboral y a incrementar la motivación de la plantilla. Conjuntamente, si se hace una adecuada gestión del tiempo de trabajo, estas modificaciones de la duración del tiempo de trabajo no tienen por qué alterar la productividad de la empresa.

Además, las empresas tienen que adoptar sus propias medidas de conciliación, como el teletrabajo, que tiene ventajas para la empresa y para las personas trabajadoras; aunque hay que tener en cuenta que trabajar a distancia también tiene inconvenientes, como el aislamiento social, y reduce las posibilidades de promoción y de formación. Por ello, quizá sea lo más recomendable combinar teletrabajo con trabajo presencial.

Otra medida fácil y sin coste económico para las empresas es fomentar el uso de “los permisos por maternidad y paternidad a tiempo parcial”, hay que recordar que el disfrute de forma parcial necesita el previo acuerdo de la empresa. Esta medida beneficia a quienes la disfrutan, al alargarse la duración del permiso, teniendo más tiempo para la crianza; y también a las empresas, que no se desprenden del capital humano, que sigue trabajando aunque no sea a tiempo completo. Esta opción es muy ventajosa, sobre todo, para las microempresas que, al tener una plantilla muy reducida,

les puede causar graves perjuicios a la producción desprenderse de forma total de una persona trabajadora.

Otras medidas de conciliación, que si suponen un coste económico y no todas las empresas podrán implantar, son los permisos laborales propios y las prestaciones sociales de la empresa (guarderías, salas de lactancia, etc.). Sin embargo, las empresas que tienen sus propias medidas de conciliación pueden obtener beneficios derivados de la reducción de costes que la conciliación podría provocar. Por ello, algunas empresas comienzan a ver los beneficios de la adopción de sus propias medidas de conciliación dentro de las políticas de responsabilidad social de sus empresas. En los últimos años se está introduciendo el concepto de “empresas familiarmente responsables” (EFR), una certificación emitida por algunas organizaciones que da fe de que la empresa que lo consigue apuesta por la conciliación de la vida familiar y laboral, el apoyo en la igualdad de oportunidades y a la inclusión de los más desfavorecidos.

Igualmente, se hace necesario conducir las extensas jornadas de trabajo españolas, -el famoso presentismo-, hacía otras formas de trabajo más compatibles con la vida familiar para no perder capital humano.

34^a. Para conseguir la plena conciliación entre la vida laboral, personal y familiar es necesario equiparar los tiempos que cada uno de los sexos dedica a cada uno de estos ámbitos. Una adecuada legislación laboral es fundamental en este sentido; sin embargo, las dos normas más importantes que han regulado la conciliación en nuestro Ordenamiento Jurídico, tienen algunas deficiencias que impiden la asunción de responsabilidades familiares por parte de los hombres. Así, la Ley de Conciliación, amplió la cesión del permiso por maternidad hasta diez semanas para disfrute paterno, en lugar de instaurar el permiso por paternidad. Más tarde este error fue solucionado, en parte, con la LOI, al instaurar el permiso por paternidad como medida de conciliación masculina; sin embargo, la LOI no fomentó el disfrute masculino de la reducción de jornada o de la excedencia para hacer posible la corresponsabilidad.

Como posible solución, en este trabajo se presenta una propuesta de medidas cuya implantación se cree necesaria para conseguir la implicación paterna:

1) Habría que premiar el disfrute conjunto de los progenitores frente al disfrute exclusivo en la reducción de jornada y la excedencia para cuidado de hijos o hijas. Y, en la reducción de jornada por guarda legal de una persona menor de 12 años, sería preciso ampliar la cotización efectiva al 100%, hasta los tres años (edad que comienza la escolarización), con la condición de que ambos progenitores reduzcan su jornada, y por el mismo número de meses.

2) El actual permiso por lactancia ya no cumple con la finalidad con la que fue creado en 1900, (la lactancia materna en el centro de trabajo); en la actualidad, se utiliza para atender los cuidados especiales que requiere la criatura en sus primeros días de vida, estando las empresas obligadas a asumir los costes salariales y las cotizaciones sociales del permiso. Es cada vez es más frecuente la totalización del mismo llegando a 15 días o más; por ello sería recomendable descargar a las empresas de este gasto, para evitar que se discrimine a las madres trabajadoras que hacen uso de la licencia. Es recomendable “suprimir la acumulación de jornadas”, cuya finalidad principal es la prolongación del permiso materno y también del paterno. No obstante, es necesario que previamente se haya llevado a cabo la ampliación del permiso por paternidad hasta 16 semanas.

Por otra parte, no se puede privar a las madres de su derecho a ejercer la lactancia materna, pues contribuye a la salud de la madre y de la criatura lactante; para ejercer este derecho se podría mantener el permiso “de una hora de ausencia del trabajo”, siempre y cuando en las empresas existan salas de lactancia y la lactancia se lleve a cabo en ellas. Si tratamos la lactancia materna como un tema de salud pública- como ha hecho Argentina-, y le añadimos los beneficios que puede aportar a la conciliación laboral, es viable un sistema de subvenciones/ayudas a las PYMES para la creación de salas de lactancia. Ayudas que se podrían financiar de forma mixta, mediante la subvención estatal y con el ahorro empresarial de los salarios correspondientes a las acumulaciones de jornadas o reducciones de jornada por lactancia materna de sus trabajadoras.

35^a. Otra solución al problema de compatibilizar trabajo y crianza, podría ser la ampliación del permiso por maternidad, ya que su duración tan limitada fuerza a las madres trabajadoras a recurrir a las reducciones de jornada y a las excedencias. No obstante, una ampliación del permiso, aunque es una regulación más favorable que

debería beneficiar a las mujeres, podría tener el efecto contrario, pues una ampliación excesiva conlleva la desprofesionalización de las mujeres, y la discriminación laboral de estas. Únicamente el aumento de la protección por maternidad sería favorable o, al menos, no tan contraproducente para las madres trabajadoras, si viniera aparejado de una ampliación en los mismos términos del permiso por paternidad. De lo contrario, ampliar únicamente el permiso por maternidad sería considerar que las medidas de conciliación son solo para las mujeres.

36^a. El actual permiso por paternidad, aunque sea un gran avance en corresponsabilidad, tiene una duración muy corta que hace que la implicación del padre en los cuidados se limite a los primeros días de vida de la criatura. Tras haberse demostrado que es útil para una mayor implicación de los padres en la crianza, y siendo la única medida de conciliación de titularidad masculina, se hace necesaria su ampliación y su obligatoriedad, aunque sea de una parte, pues aporta múltiples beneficios.

Entre las ventajas de esta regulación se encontrarían las siguientes: se acabarían con los estereotipos de género; se proporcionaría mayor implicación del padre en los cuidados; se crearían lazos de afectividad con la criatura; se permitiría a los padres que participan en los cuidados hacerlo sin restricciones laborales; se modificaría la situación de desigualdad laboral de la mujer si el padre también se ausenta; probablemente sea beneficioso para la estabilidad de las parejas; la madre gestante podría solicitar el permiso por maternidad unas semanas antes del parto pues no se vería en la necesidad de tomarlo el mismo día del alumbramiento en un intento de no perder días de permiso; y se evitaría que las madres hicieran coincidir sus vacaciones laborales con la finalización de la suspensión por maternidad.

Asimismo, también tiene su efecto en la corresponsabilidad de los hombres en el trabajo doméstico, pues mientras que el padre esté de permiso, no solo atenderá al cuidado de la criatura, sino también tendrá tiempo para ocuparse de las tareas domésticas.

En definitiva, la implantación de un permiso de paternidad obligatorio, intransferible y de igual duración que el de maternidad, es una cuestión de justicia social.

37^a. Por otra parte, la OIT en su Recomendación número 191, aconseja que la madre o el padre que trabaja debería tener derecho a una licencia parental durante el período

siguiente a la expiración de la licencia de maternidad. El permiso parental a diferencia de los de maternidad y paternidad, no es un “permiso por nacimiento”, sino un “permiso de cuidados”, disponible tanto para la madre como para el padre, y que se utilizaría una vez que se hubieran agotado los permisos de maternidad y paternidad.

38^a. Por todo ello, nuestra legislación laboral debe encaminarse hacia “permisos laborales por maternidad y paternidad intransferibles, de igual duración y con la misma parte obligatoria para ambos progenitores”.

Por esa razón se elabora en este trabajo una propuesta de permisos parentales desde la perspectiva de género que se cree necesaria después del estudio a fondo de la suspensión/prestación por maternidad y paternidad vigente actualmente en nuestra legislación laboral.

-Propuesta de permiso por maternidad:

Un permiso por maternidad cuya titularidad sería exclusivamente femenina, siendo beneficiaria la madre biológica, adoptante o acogedora, y la cónyuge de la madre biológica, en matrimonios formados por dos mujeres, cuando se produzca la filiación por esta del hijo o hija biológica de su pareja. *El permiso sería intransferible y no se podría ceder al padre, en ningún supuesto.*

Se considera necesario añadir a las situaciones protegidas reguladas actualmente *el aborto involuntario*, en cuyo caso el permiso duraría las semanas necesarias para la recuperación física y psicológica de la madre trabajadora.

En caso de parto, tendría un período de “descanso obligatorio de 6 semanas posteriores al alumbramiento”, y el resto serían de carácter voluntario, pudiendo elegir libremente cuándo disfrutar de la parte no obligatoria de la licencia, antes o después del parto. En caso de adopción-acogimiento y tutela, *quince días* serán de carácter “obligatorio” y el resto de carácter voluntario.

Su duración sería única para todos los supuestos -16 semanas-. Y se añadiría como causa de extinción, el fallecimiento de la beneficiaria, no pudiendo disfrutar del permiso, ni total, ni restante, el progenitor sobreviviente; y la extinción por

fallecimiento del hijo o hija trascurridas las 6 semanas obligatorias de descanso en caso de parto.

-Propuesta de permiso por paternidad:

La titularidad del permiso sería exclusivamente masculina, no pudiendo ser transferido, ni disfrutado por la otra progenitora (en el caso de parejas formadas por dos mujeres), pues esta disfrutará del permiso por maternidad. En el caso de matrimonios formados por dos hombres, ambos serán titulares del permiso por paternidad, generando un permiso individual cada uno de ellos.

En el supuesto de parto, el titular del derecho será el padre biológico y en el supuesto de adopción o acogimiento, ambos padres adoptantes o acogedores. Siempre que *tengan cubierto un período mínimo de cotización igual que el existente en la actualidad para la prestación por maternidad.*

La ampliación del permiso por paternidad se haría efectiva sin más demora el día 1 de enero de 2017, alcanzando una duración inicial de cuatro semanas, que se aumentaría progresivamente hasta llegar a 16 semanas, el día 1-1-2020. Cuando se hiciera efectiva la ampliación del permiso hasta llegar a las dieciséis semanas, quedarían sin efecto los supuestos de ampliación del permiso que se cubriría con un permiso parental para estas circunstancias familiares. Igualmente quedaría sin efecto “el permiso por nacimiento de hijo o hija” que quedaría integrado y absorbido dentro del permiso por paternidad.

Una parte del permiso sería “obligatoria”, 15 días después del nacimiento, y el resto del periodo sería de disfrute voluntario. En caso de adopción o acogimiento, se establece un periodo obligatorio de 15 días a partir de la resolución administrativa para hacer efectiva la integración de la persona menor en la familia, siendo el resto de carácter voluntario para el padre, que si no lo disfruta se pierde. Y el disfrute a *tiempo parcial* se llevaría a cabo sin el límite del 50% de su jornada. Y se añade como causa de extinción el fallecimiento del hijo o hija durante la parte voluntaria del permiso, y en caso de producirse el fallecimiento durante la parte obligatoria el padre podrá continuar de permiso hasta que finalicen los 15 obligatorios de descanso.

-La creación de un permiso parental:

Vendría a solucionar la necesidad de los progenitores de disponer de tiempo extra en casos de parto, adopción y acogimientos múltiples; menores con discapacidad, partos prematuros y hospitalización del neonato tras el parto, y otras circunstancias especiales dentro de la familia con necesidad de protección, como es la discapacidad de los progenitores y familiares de primer grado, las familias monoparentales y familias numerosas. Se trata de un “*permiso familiar por circunstancias especiales*”. Y su creación estaría supeditada a la ampliación previa del permiso por paternidad hasta dieciséis semanas.

El permiso parental sería de disfrute “voluntario” y se establece como “*condición indispensable para su disfrute*”, que previamente la madre y el padre hayan disfrutado sus respectivos permisos por maternidad y paternidad de forma íntegra. Por el contrario, si uno de los progenitores no ha disfrutado su permiso o solo lo ha hecho por la parte obligatoria, no podría acceder ninguno de los progenitores al permiso parental.

Se trata de un derecho de titularidad compartida por ambos progenitores. El sujeto beneficiario sería *el padre o la madre a elección mutua*, bien de todo el periodo o de la mitad a distribuir a elección de la pareja. En familias monoparentales donde solo hay un progenitor le correspondería a este el periodo completo. En este supuesto estarían incluidos: progenitores solteros y viudos, y, en caso de abandono familiar, cuando el otro progenitor no hace efectivo su derecho a visitas, ni abona la pensión de alimentos a la persona menor. Cuando uno de los progenitores no haya podido disfrutar el permiso por paternidad o maternidad por causas ajenas a su voluntad, tales como, por ingreso hospitalario prolongado, por encontrarse en coma, en prisión, u otras causas análogas, el otro progenitor podrá disfrutar del permiso parental íntegro. Con una salvedad, no podrá optar al permiso parental el padre que no haya disfrutado del permiso por paternidad por estar cumpliendo condena por violencia de género. Cuando un progenitor resida en el extranjero, el otro podrá hacer uso de la totalidad del permiso parental. En caso de que uno de los progenitores no pueda acceder al permiso por maternidad o paternidad, por no estar afiliado y en alta, o no reúna los requisitos mínimos de cotización, o no tuviese derecho al permiso por ejercer una actividad profesional y por estar afiliado a una mutua que no lo cubre, el otro progenitor podrá optar al permiso parental.

En caso de fallecimiento de la persona beneficiaria durante el disfrute del permiso parental, el tiempo restante sería disfrutado por el otro progenitor, siempre que reúna el requisito de estar en alta y afiliado, así como el periodo de cotización exigido para acceder al permiso. Y en caso de fallecimiento de ambos progenitores y la persona menor quedará huérfana total, el permiso parental podrá ser disfrutado por el familiar que tenga su tutela. Y si la persona beneficiaria durante su disfrute accede a la pensión de jubilación o incapacidad permanente, podrá seguir disfrutando el resto del permiso el otro progenitor.

Tendría una prestación económica equivalente al 100% de la base reguladora sobre la que se calculó la prestación por maternidad o paternidad de cada progenitor. Y el periodo de cotización mínima sería el mismo que se exige actualmente para la maternidad contributiva.

La duración del permiso parental sería de 30 días, ampliables hasta 60 en determinados supuestos.

El subsidio se *extinguiría* por el transcurso del tiempo establecido, por reincorporación voluntaria de la persona beneficiaria al trabajo y por fallecimiento de la persona menor por el cual se ha acogido al permiso.

Como no puede ser de otra manera, se le bridaría la misma protección del empleo que la existente hasta ahora para los permisos por maternidad y paternidad.

La implantación de estos permisos tiene muchas ventajas que avalan su creación:

- Simplifica y unifica los permisos por maternidad y paternidad, al suprimir los diferentes supuestos de ampliación.
- Los progenitores tendrían la posibilidad de disfrutar de esta licencia familiar conforme a sus necesidades laborales y de crianza, pudiendo organizarse de mutuo acuerdo y distribuirse los periodos como mejor les convenga.
- Con la creación del permiso parental y la ampliación del permiso por paternidad, las mujeres no tendrían que recurrir a la reducción de jornada y a la excedencia, o al abandono del empleo.

-Podría servir como medida para incentivar la natalidad, al disponer los progenitores de hasta diez meses de permisos laborales retribuidos.

-Ayudaría a reducir la discriminación laboral de las mujeres a consecuencia de la maternidad.

-Se conseguiría que los hombres hicieran efectivo su derecho a conciliar trabajo y crianza; y su implicación en el cuidado de los menores también en circunstancias especiales.

-Se da un tiempo extra a las mujeres y hombres que se enfrentan en solitario a la crianza.

-Se consigue que la reducción de jornada por nacimiento de hijo o hija prematura o que tenga que permanecer hospitalizado tras el parto, no sea necesaria.

-Se amplía el tiempo de licencia en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple y en caso de discapacidad de la persona menor, y se da mayor protección a las familias monoparentales y numerosas.

-Se brinda protección a los progenitores con discapacidad que no la tienen actualmente.

39^a. Como conclusión final, tras aplicar la perspectiva de género a la protección por maternidad y paternidad en nuestro ordenamiento jurídico, se evidencia que:

1.- Las diferencias entre el permiso por maternidad y paternidad vulneran el principio de igualdad que propugna la Constitución española como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

2.- Tras esta desigualdad legal, así como tras la falta de voluntad política en España para implantar un sistema de permisos parentales iguales e intransferibles para ambos progenitores, se oculta la división sexual de los cuidados y la persistencia de los roles de género.

3.- En un Estado de derecho como el nuestro, pionero en legislación igualitaria, -como la Ley de Igualdad, y la Ley que aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo, que a su vez ha permitido la adopción por parejas homosexuales-, se sigue perpetuando la desigualdad por razón de sexo.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES NORMATIVAS (por orden cronológico)

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último. Publicado en GACETA de 25 de Julio de 1889 (CÓDIGO CIVIL VIGENTE)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio sobre la protección de la maternidad, Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Núm. 3, 1919. Ginebra

INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN, El subsidio de maternidad, 1923, Madrid. Fuente (Universidad de Sevilla. Biblioteca de la Facultad de Derecho).

Real decreto de 29 de enero de 1930 aprobando el Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad. Real Decreto Núm. 300. («Gaceta» del 1º de febrero).

Real decreto-ley de 22 de marzo de 1929 («Gaceta» del 24) estableciendo el Seguro obligatorio de Maternidad. Núm. 292. 1931.

Decreto implantando el Seguro obligatorio de Maternidad (fecha 26 de mayo de 1931, «Gaceta» del 27) y declarado Ley de la República en 9 de septiembre de 1931 («Gaceta» del 10).

Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931.

Decreto de 31 de marzo de 1944 por el que se aprueban los textos refundidos de las Leyes de Contrato de embarque, aprendizaje y trabajo mujeres y niños y trabajo a domicilio. (BOE, núm. 102, de 11 de abril de 1944).

DECRETO de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. (BOE, núm. 55).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio relativo a la protección de la maternidad. Núm. 103. 1952. Ginebra.

Recomendación sobre la protección de la maternidad, número 95 de la OIT, de 28 de junio de 1952. Ginebra.

Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos profesionales y de trabajo de la mujer. (BOE, núm. 175, de 24 de julio de 1961).

Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 1963).

Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. (BOE, núm. 96, de 22 de abril de 1966).

Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas. (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1966).

Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. (BOE de 23 de Febrero de 1967).

Decreto 2310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961 (BOE, núm. 202, de 24 de agosto de 1970).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE, núm. 221, de 15 de septiembre de 1970).

Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y

desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. (BOE, núm. 234 y 235, de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1970).

Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 154, de 28 junio de 1972).

Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 173, de 20 de julio de 1974).

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE, núm. 96, 21 de abril de 1976)

Constitución Española de 1978. (BOE, núm. 311, de 29 de Diciembre de 1978).

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE, núm. 64, 14 de marzo de 1980).

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública (BOE núm. 185, de 03 agosto de 1984).

Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (BOE, núm. 57, 8 de marzo de 1989).

Ley 8/1992, de 30 de abril, de Modificación del Régimen de Permisos concedidos por las Leyes 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a los adoptantes de un menor de cinco años. (BOE núm. 105, de 1 de mayo de 1992).

Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994. (BOE, núm. 313, de 31 diciembre 1993).

Resolución de 1 de marzo de 1994, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre cumplimiento por los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, de la obligación establecida en la Disposición Adicional 10.^a del Real Decreto 2.319/1993, de 29 de diciembre. (BOE núm. 55 de 05 de Marzo de 1994).

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE, núm. 154, 29 de junio de 1994).

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1994).

Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. (BOE, núm. 71, de 24 de marzo de 1995).

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 (BOE, núm. 75, 29 de marzo de 1995).

Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (BOE, núm. 22 de 25 de Enero de 1996).

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. (Diario Oficial n° L 145 de 19/06/1996).

Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998. (BOE, núm. 10 de Enero de 1998).

Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso

por maternidad, adopción y acogimiento. (BOE, núm. 213, de 5 de septiembre de 1998).

Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo en Relación con el Trabajo a Tiempo Parcial y el Fomento de su Estabilidad. (BOE de 28 de Noviembre de 1998).

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE, núm. 266, 6 de noviembre de 1999)

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. (BOE, núm. 22, de 26 de Enero de 2000).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio sobre la protección de la maternidad, núm. 183, 15 de Junio de 2000, Ginebra.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Recomendación sobre la protección de la maternidad, núm. 191, 15 de junio de 2000, Ginebra.

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. (BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2001).

Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (BOE, núm. 276, 17 de noviembre de 2001).

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 269/15, 5 de octubre de 2002).

Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. (BOE, núm. 284, de 27 de noviembre de 2002).

LEY 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes. (BOE, núm. 303, de 19 diciembre 2002).

Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. (BOE núm. 253 de 22 de Octubre de 2003).

Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. (BOE, núm. 277, de 19 de Noviembre de 2003).

Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (BOE núm. 37 de 12 de Febrero de 2004).

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, RESOLUCIÓN de 21 de Abril de 2004, sobre acceso a la prestación de maternidad por el padre en el supuesto de fallecimiento de la madre. BISS (Boletín Informático de la Seguridad Social).

Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. (BOE núm. 153 de 25 de Junio de 2004).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE, núm. 313 de 29 de Diciembre de 2004).

Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social. (BOE núm. 279 de 22 de Noviembre de 2005).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE núm. 126 de 27 de Mayo de 2006).

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. (BOE, núm. 285, de 29 de noviembre de 2006).

Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2006).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE, núm. 71, 23 de marzo de 2007).

Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. (BOE, núm. núm. 87 de 11 de Abril de 2007).

Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. (BOE, núm. 78, de 31 de marzo de 2007).

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE, núm. 89 de 13 de abril de 2007).

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE, núm. 166 de 12 de Julio de 2007).

Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo en materia de formación de demanda y su financiación, y se crea el correspondiente sistema telemático, así como los ficheros de datos personales de titularidad del Servicio Público de Empleo Estatal. (BOE, núm. 182 de 31 de Julio de 2007).

Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas. (BOE núm. 237 de 03 de Octubre de 2007).

Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (BOE, núm. 309, 24 de diciembre de 2008).

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (BOE, núm. 69, 21 de marzo de 2009).

Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (BOE, núm. 242, 7 de octubre de 2009)

Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”. (BOE, núm. 265, de 3 de noviembre de 2009).

Directiva 2010/18/UE, del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L68/13, 18 de marzo de 2010).

Directiva 2010/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L180/1, de 15 de julio de 2010).

Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE núm. 311 de 23 de Diciembre de 2010).

Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (BOE, núm. 42, de 18 de febrero de 2011).

Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. (BOE. Núm. 182, de 30 de julio de 2011).

Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE, núm. 315, 31 de diciembre de 2011).

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE, núm. 184, 2 de agosto de 2011).

Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE, núm. 229, de 23 de septiembre de 2011).

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE, núm. 36, de 11 de febrero de 2012).

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE, núm. 162, de 7 julio de 2012).

Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. (BOE núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE, núm. 314, de 31 de diciembre de 2012).

Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. (BOE, núm. 314 de 31 de Diciembre de 2012)

Ley 11/2013, de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. (BOE, núm. 179 de 27 de Julio de 2013).

Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. (BOE, núm. 185, de 03 de Agosto de 2013).

Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de Diciembre, de Medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. (BOE, núm. 305, de 21 de diciembre de 2013).

Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. (BOE núm. 309 de 26 de Diciembre de 2013).

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, (BOE, Núm. 176, de 21 de julio de 2014).

Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. (BOE núm. 315, 30 de diciembre de 2014).

Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE, núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. (BOE, núm. 167, de 14 de julio de 2015).

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE, núm. 180, de 29 de julio de 2015).

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE, núm. 180 de 29 de Julio de 2015).

Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. (BOE, núm. 217, de 10 de septiembre de 2015).

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. (BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. (BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. (BOE, Núm. 260, de 30 de octubre de 2015).

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. (BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016. (BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2015).

JURÍSPRUDENCIA (por orden cronológico)

STS 9203/2002 del Tribunal Supremo. Sala de lo Social, de dieciocho de Marzo de dos mil dos. (Rec. 1042/2001).

Sentencia núm. 339/2002, de 28 de noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Social, Sección Única). Recurso de suplicación núm. 295/2002.

STS 8212/2002, Sala de lo Social, Madrid 9 de diciembre de 2002 (recurso 913/2002).

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01.

Sentencia 182/2005, de 4 de julio de 2005, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 2447-2002. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: postergación profesional de una trabajadora a causa de sus embarazos y maternidades. (BOE, núm. 186, de 5 de agosto de 2005).

STC 214/2006, de 3 de julio de 2006, Sala Segunda, Recurso 5499/2003.

Sentencia nº 54/08, Autos nº 61/08 del Juzgado de lo Social número uno de Cartagena, dictada con fecha 17 de abril de 2008.

STS 5089/2008, de 25 de junio de 2008, núm. Recurso 3432/2007.

STS 3548/2009, de 12 de mayo de 2009, núm. Recurso 3764/2008.

STS 5215/2009, de 20 de mayo de 2009, núm. Recurso 3749/2008.

STS 4800/2009, de 22 de junio de 2009, núm. Recurso 2390/2008.

ATS 15763/2009, de 15 de octubre de 2009. Núm. Recurso 226/2009.

STC 5370/2010, de 15 de Septiembre de 2010. Recurso 2289/2009. Consejo General del Poder Judicial. www.poderjudicial.es, consultada el día 23-11-2012.

STJUE 149/210, de 16 de septiembre de 2010. Diario Oficial de la Unión Europea, C 301/3, de 6 de noviembre de 2010. Asunto C-149/10.

Sentencia 2010/280 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 30 septiembre 2010. Asunto C-104/09.

SJS 97/11, de Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid, de fecha 4 de marzo de 2011. Núm. Autos: Demanda 1390/2010.

STC 75/2011, de 19 de mayo de 2011. (BOE, núm. 139, de 11 de junio de 2011). Cuestión de inconstitucionalidad 3515-2005.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional núm. 78/2011, de 6 de junio de 2011. Recurso de Amparo 3141-2003. (BOE, núm. 158, de 4 de julio de 2011).

Sentencia del TSJ de Madrid núm. 668/2012, Sala de lo social, sección 4ª, de 18 de octubre de 2012, Recurso de Suplicación 1875/2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11). (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. C290/3, de 1 de octubre de 2011).

Sentencia 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 5862-2003. (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013).

Sentencia TJUE de 19 de septiembre de 2013.

STSJ ICAN 1799/2014 Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 7 de abril de 2014, núm. Recurso 923/2012.

STSJ MU 3082/2014, Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Social, de tres de noviembre de dos mil catorce, (rec.330/2014).

STS 5427/2014. Sala de lo Social, Madrid, 25 de noviembre de 2014, núm. recurso 2344/2013.

STS 196/2015, Sala de lo Social, Madrid, 20 de enero de 2015. Núm. Recurso 2415/2013.

STS 708/2015 - Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Madrid, diez de Febrero de dos mil quince. Núm. Recurso 25/2014.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, sentencia 49-15, en Madrid a 23 de marzo de 2015.

Sentencia núm. 733/2015 de TSJ Murcia (Murcia), Sala de lo Social, 30 de Marzo de 2015, núm. Recurso 931/2014. www.tsj.vlex.es. Consultada el día 7-6-2015.

STS 708/2015 - Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Madrid, diez de Febrero de dos mil quince.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, sentencia 49-15, en Madrid a 23 de marzo de 2015.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (por orden alfabético)

AGUILERA IZQUIERDO R. y GIL PLANA J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*. Editorial Aranzadi SA, 2010.

ALBERT LÓPEZ-IBOR, R.; ESCOT MANGAS, L.; FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A. y POZA LARA, C.: “El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España”. *Documentos de Trabajo en Análisis Económico*, volumen 7, núm. 13, año 2008. Edita Colegio de Economistas de La Coruña.

ARASTHEY SAHÚN, M.L.: “Excedencias por cuidados familiares: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2006, Consejo General del Poder Judicial.

ARASTHEY SAHÚN, M.L.: “Los permisos parentales desde la perspectiva de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 15, 2010. Editor: Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

BALLESTER PASTOR, M. A.: *La prestación de maternidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

BALLESTER PASTOR, M.A.: “La era de la corresponsabilidad: Los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”. *LAN HARREMANAK: Revista de Relaciones Laborales*. Universidad del País Vasco, núm. 25, 2012.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La conciliación de la vida familiar y las acciones formativas: ¿es posible formarse, prestar servicios en una empresa y atender a las obligaciones familiares?”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo VVAA*. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo.

BODELÓN GONZÁLEZ, E. (investigadora principal AAVV): “El impacto de los planes de igualdad en las empresas”. Universidad Autónoma de Barcelona. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. Años 2010-2012.

CABEZA SÁNCHEZ-ALBORNOZ, S.: “Legislación protectora de la maternidad en la época de la Restauración española”. *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*. Núm. VI, 1985. Edita: Universidad Complutense.

CASAS BAAMONTE, MARÍA EMILIA (DIRECTORA), AAVV: Menéndez Calvo, Remedios; Quintanilla Navarro, Beatriz; Serrano García, Juana María: “Herramientas para combatir la brecha salarial”. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial. Septiembre 2015. Universidad Complutense de Madrid. Edita: UGT-Comisión Ejecutiva Confederal.

http://www.ugt.es/Publicaciones/INFORME%20INVESTIGACI%C3%93N%20BREC%20HA%20SALARIAL_UGT.pdf. Consultado el día 04-01-2016.

CASTAÑO COLLADO, C. (investigadora principal), VVAA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. *Mujeres y poder empresarial en España*. Edita. Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad). Madrid. Año 2009.

CASTRO CARCÍA, C.; PAZOS MORÁN, M.: “Permisos por nacimiento e igualdad de género: ¿cómo diseñar los permisos de maternidad, paternidad y parentales?”, *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 9, 2012.

CHINCHILLA, N. y LEÓN, C.: *Diez años de conciliación en España (1999-2009)*. Centro Trabajo y Familia del IESE. <http://www.thefamilywatch.org/act-2inf-es.php>. Consultado el día 1-10-2013.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M.T.: “La maternidad y la conciliación familiar, dentro de la tutela de la igualdad”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, 2006. Consejo General del Poder Judicial.

DE EGEA GUILLÉN, A.: “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 26, 2008.

DELGADO ÁLVAREZ, M.C.; SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.; y FERNÁNDEZ-DÁVILA JARA, P.A.: Atributos y estereotipos de género asociados al ciclo de la violencia contra la mujer. *Univesitas Psychologica*, vol. II, núm. 3, Bogotá, Colombia, 2012.

DELGADO ÁLVAREZ, C.: “What Do The Dating Violence Scales Measure?”. *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, núm. 161, 2014.

DELGADO ÁLVAREZ, C.: “Liberation Psychology and Prostitution of Women”. *Journal of Socialmics*, núm. 4, Vol. 27, 2015.

DELGADO ÁLVAREZ, C.: “Gender and cultural effects on perception of psychological violence in the partner”. *Psychothema*, núm. 4, 2015.

DESDENTADO BONETE, A.: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”. *Mujer, trabajo y Seguridad Social*. VVAA. (Director) Efrén Borrajo Dacruz (2010). Editorial La Ley.

DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*. VVAA. (Investigador principal) Fernando Valdés Dal-Ré. (Noviembre 2010), Comisión Ejecutiva Confederal de UGT.

DILLA CATALÁ, M.J.: “Maternidad, paternidad y salud laboral”, *Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva*. VVAA. (Investigador principal) Fernando Valdés Dal-Ré. 2011, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT.

ESCOBEDO, A. y NAVARRO, L.: *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*. Universitat Autònoma de Barcelona. Informe de resultados 30/03/2007. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales.

ESCOT MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A.(Coordinadores): *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?*. Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. Instituto de la mujer. Universidad Complutense de Madrid. Octubre de 2012.

ESPING-ANDERSEN, G.: “Modelos de sociedad, demografía, economía y políticas públicas: un nuevo contrato de género”. *Economía e Igualdad de Género: Retos de la Hacienda Pública en el siglo XXI*. (Directora) María Pazos Morán. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. 2008.

ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Los antecedentes históricos al permiso de lactancia”. *IUSLabor*, núm. 2, 2006. Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Autónoma de Barcelona.

ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Aproximación histórica al principio de igualdad de género: el empleo femenino después de la guerra (II)”. *IUSLabor*, núm. 1, 2007. Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Autónoma de Barcelona. www.upf.edu consultada el día 27-02-2013.

ESPUNY TOMÁS, M.J.: “Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas”. *IUSLabor*, núm. 1, 2008. Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Autónoma de Barcelona.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “La reincorporación al trabajo tras el disfrute del permiso parental. Medidas previstas en la Directiva 2010/18, de 8 de marzo”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo AAVV*. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La prestación económica derivada del permiso por maternidad a tiempo parcial”. *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, editorial Lexnova, núm. 6, 2002.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Sobre la no contributividad del nuevo supuesto de maternidad y de la reformada renta activa de inserción”. *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 18, septiembre 2007.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El RETA ante la reforma de la maternidad y el nuevo subsidio de paternidad (Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo)”. *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (VVAA)*. Ediciones Laborum, Murcia, 2007.

FERRANDO GARCÍA, F.: “Indirect sex discrimination –burden of proof- equal treatment in promotion- equal pay”. *International Labour Law Reports*, BRILL-Nijhoff, Vol. 19, 2000.

FERRANDO GARCÍA, F.: En comparecencia en la Asamblea Regional de Murcia. Comisión especial de igualdad de oportunidades y derechos de la mujer, núm. 7, celebrada el día 3 de junio de 2010.

FERRANDO GARCÍA, F.: “Right to adoption leave and social security benefits in case of adoption by one partner of a same-sex couple of the other’s biological child”, *International Labour Law Reports*, BRILL-Nijhoff, vol. 30, 2010.

FERRANDO GARCIA, F.: “Implicaciones de la gestión flexible del tiempo de trabajo en materia de conciliación de la vida personal y laboral”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.

GALA DURAN, C.: “De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares: ¿Es inconstitucional el art. 211.1 de la LGSS? Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de octubre de 2005”. *IUSLabor*, núm. 4, 2005.

GALA DURÁN, C.: “Las “trampas” de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar en el caso del personal al servicio de las Administraciones públicas”. *RIDEG (Revista interdisciplinar de estudios de género)*, núm. 01/11:49-70 (diciembre de 2011). Departamento de Derecho Público y de Ciencias Histórico Jurídicas. Universitat Autònoma de Barcelona.

https://ddd.uab.cat/pub/rideg/rideg_a2011m12n1/rideg_a2011m12n1p49.pdf.

Consultado el día 7-01-2016.

GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”. *IUSLabor*, núm. 2, 2007. Universitat Oberta de Catalunya. www.upf.edu/iuslabor/022007/Historia2Guillermo.pdf. Consultado día 19-02-2013.

GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, DM, Murcia, 2001.

GARCÍA ROMERO, B.: “Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo”. *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014.

GARCÍA ROMERO, B.: “La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”. *Revista Documentación Laboral*, núm. 104, Vol. II, 2015.

GARCIA ROMERO, B.: “Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas”. *El derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos para la disciplina laboral*. VVAA. (Directoras) Cristina Sánchez-Rodas Navarro y Eva Garrido Pérez (2015). Ediciones Laborum. Murcia.

GARCIA RUBIO, M.A.: “La reducción de jornada por motivos familiares y su incidencia sobre los derechos económicos derivados de la extinción del contrato: el alcance de la D.A. 18º ET”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* VVAA. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo.

GARCIA VIÑA, J.: “La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 74, 2008.

GUIRAO MIRÓN, C.: “Políticas de conciliación y políticas de igualdad. El caso español”, *Aposta revista de ciencias sociales*, núm. 49, abril, mayo y junio 2011. <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/cguirao1.pdf>. Consultado el día 30-06-2015.

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, M.J. y LATAS GARCÍA, A.: “Rompiendo estereotipos”. *Revista Trabajadora* 53, núm. 53 IV Época, marzo de 2015. Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO, pág. 14.

HERNÁNDEZ MARTÍN, A.; SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.; y GARCÍA-VALCARCEL MUÑOZ-REPISO, A.: “Igualdad de oportunidades en el ejercicio de la función docente

universitaria: situación de hombres y mujeres en la universidad del siglo XXI”. *Revista Educación y Pedagogía*, vol. 16, núm. 40, 2004.

HERRÁIZ MARTÍN, M.S.: “El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, *Reforma laboral 2012*. VV.AA (Directores) Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Rafael Mercader Uguina (2012), Valladolid, Lex Nova.

HERRAIZ MARTÍN, M.S.: “El impacto de las últimas reformas en la conciliación familiar y laboral”. *Relaciones Laborales*, núm. 12, Sección Doctrina, Diciembre 2014, año 30, tomo 1.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: *De la protección de la maternidad a la legislación del cuidado*, VVAA. (Directora) Noelia Igareda González. 2008. Universidad Autónoma de Barcelona.

IGAREDA GÓNZALEZ, N.: *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*. Tesis doctoral fecha de lectura 28-01-2011. Universidad Autónoma de Barcelona. Dpto. Ciencia Política y Derecho Público. Co-directoras de tesis: Dra. Francesca Puigpelat Martí y Dra. Encarna Bodelón González.

JUARISTI BESALDUC, E.: “¿Qué persigue la normativa de la Unión Europea en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral?”, *Boletín del Centro de Investigación de Economía y Sociedad*, CIES, núm. 96, marzo del 2012.

JURADO GUERRERO, T., AAVV.: *Corresponsabilidad antes y después del nacimiento del primer hijo en España*. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades. Informe UNED. 30 de Octubre de 2012.

LARRAÑAGA SARRIEGUI, M.; JUBETO RUIZ, Y; y DE LA CAL BARREDO, M.L.: “La diversidad de los modelos de participación laboral de las mujeres en la UE-27”. *Economía Aplicada I, Lan Harremanak*, (*Revista de Relaciones Laborales*), núm. 25, 2012, Universidad del País Vasco.

LATTRICH, K. y BLANCO, R.: *Conciliación de la vida personal, laboral y familiar en clave masculina*, Centro de Estudios, Investigación e Historia de Mujeres “8 de marzo” de CCOO, núm. 51, febrero de 2012, Madrid.

LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Análisis crítico del régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento de hijo”. *Revista de Derecho Social Separatas*. Número 13, 2001. Editorial Bomarzo. Albacete.

LÓPEZ ANIORTE, M.C. y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M.: “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”. *Revista de derecho social*, núm. 70, 2015.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 2, 2012, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial”, *Políticas de género de Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2007. Edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El reglamento de las prestaciones por maternidad y paternidad: puntos críticos”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 24, 2009.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “La protección social del trabajador autónomo”. *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*. VVAA. (Director) José Luján Alcaraz (2007), Ediciones Laborum.

MANGAS, L; y FERNÁNDEZ CORNEJO, J.A.: *Una evaluación de la introducción del permiso de paternidad de 13 días. ¿Ha fomentado una mayor corresponsabilidad en*

el ámbito del cuidado de los hijos pequeños?. Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. Instituto de la mujer. Octubre de 2012.

MARTÍNEZ, R.; VALLEJO, C.; y DE SAN ANDRÉS, E.: *Absentismo laboral: el colesterol de la empresa*. Informe Observatorio EFR, mayo 2009.

MARTÍNEZ LÓPEZ, A.: “Y qué ocurre en las pensiones”. *Revista trabajadora*54, núm. 54, IV época, septiembre de 2015, Secretaría Confederal de Mujer e Igualdad de CCOO. www.ccoo.es/mujeres, consultado el día 15-09-2015.

MELERO MARCOS, LUIS (Director). AAVV: Melero Marcos, Luis; Pérez Fernández, Miguel; Sánchez Gómez, Mary Cruz; Melero Ventola, Alejandra y Palacios Vicario, Beatriz. “Las consecuencias de la organización del trabajo en la salud laboral en la empresa: Estudio de las variables que intervienen en la aparición de riesgos psicosociales”. Observatorio de riesgos psicosociales UGT. Edita Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC. Madrid, 2011.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Permisos retribuidos, reducción de jornada y excedencias por motivos familiares", *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 2, 2009. Edita: Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009.

MONTESINOS, R.: “La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina”. *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, núm. 2, 2004. Edita Universidad Autónoma.

MORA CABELLO DE ALBA, L.: “Del malabarismo cotidiano a una nueva civilización más allá de la igualdad: La re-conciliación de la vida laboral y familiar”. *Revista de Derecho Social*, núm. 37, Bomarzo, 2007.

MORA CABELLO DE ALBA, L.: “El trabajo y la maternidad de las mujeres en un espacio único de tiempos múltiples”. *Revista DUODA*, vol. 40, 2011.

MORA CABELLO DE ALBA, L.: *Un derecho del deseo, un derecho sexuado*. Editorial Icaria, 2015.

MORAGA CONTRERAS, C.A.: “Otra mirada al impacto de la Ley n° 20.545 que establece el permiso postnatal parental en Chile”. *Lan Harremanak*, núm. 25. 2012.

MORENO MINGUEZ, A.: *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*. Universidad de Valladolid. Dpto. de Sociología y Trabajo Social. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Febrero de 2010.

MORENO MINGUEZ, A.: *Los dilemas de la compatibilidad laboral y familiar en el marco de las políticas familiares: incidencia sobre el empleo femenino y la división del trabajo familiar en España en perspectiva comparada, año 2006-2010*. Universidad de Valladolid, Dpto. de Sociología y Trabajo social. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Instituto de la Mujer, 2011.

NASH, M.: “Identidad cultural de género, discurso de la domesticidad y la definición del trabajo de las mujeres en la España del siglo XIX”. *Historia de las mujeres en occidente*. Vol. 4, 1993. Ediciones Taurus. España.

ORELLANA CANO, A.N.: "La protección de la maternidad y la paternidad. Especial referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los jueces y magistrados". *Cuadernos digitales de formación*, núm. 2, 2009, Edita Consejo del Poder Judicial.

ORELLANA CANO, A.N. “El principio de igualdad en la jurisdicción social”. Incluido en el número monográfico sobre “El principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres: interpretación y aplicación por los tribunales”. *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 14, 2009. Edita Consejo del Poder Judicial.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *La igualdad de género como eje del trabajo decente*. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión (Ginebra) 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Informe de Política “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. 13 de Mayo de 2014. www.ilo.org/maternityprotection. Consultado el día 3-11-2014.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015. Salarios y desigualdad de ingresos. Ginebra. 2015.

ORTIZ HERAS, M.: “Mujer y dictadura franquista”. *Revista de ciencias sociales Aposta*, núm. 28, mayo 2006. Universidad de Castilla-La Mancha.

PAZOS MORÁN, M.; y PÉREZ BARRASA, T.: “Política familiar, imposición efectiva e incentivos al trabajo en la reforma de la imposición sobre la renta personal (IRPF) de 2003 en España”. *Papeles de trabajo, serie economía*. Núm. 16, 2004. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid.

PAZOS MORÁN, M.: “De los permisos de maternidad y paternidad o los evidentes sesgos de género de la Seguridad Social: ¿Por qué es necesario el permiso de paternidad intransferible? Publicado en *Mujeres en Red. El periódico feminista*. Acto de debate 23 de noviembre de 2005. Madrid. <http://www.mujaeresenred.net/spip.php?article379>. Consultado el día 1-3-2013.

PAZOS MORÁN, M.: “División sexual del trabajo y políticas públicas”, *Instituto de Estudios Fiscales*, septiembre de 2008.

PAZOS MORÁN, M.: “Desigualdad en el Mercado de Trabajo y en la economía. Situación y Políticas Públicas”. *Lan Harremanak*, núm. 18. 2008.

PAZOS MORÁN, M.: “Desigualdad en el Mercado de Trabajo y en la economía. Situación y Políticas Públicas”. *Documento de Trabajo*, núm. 32. Fundación Carolina, Madrid, 2009.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *La protección de la maternidad, paternidad y la adopción y acogimiento. (Novedades introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PÉREZ CAMPOS, A.I.; “Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. Núm. XLIII. 2010. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid.

PEREZ CAMPOS, A.I.: “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”. *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 47, 2014.

PEREZ GUARDO, R. y SERRANO SERRANO, N.: “¿Responde el diseño de los permisos de maternidad y paternidad en España al presupuesto de corresponsabilidad entre hombres y mujeres?”. *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 33. 2013.

PONS PONS, J.: Los inicios del seguro social de salud en España, 1923-1949. Del seguro de maternidad al Seguro Obligatorio de Enfermedad. XVI Encuentro de Economía Pública. (16. 2009. Granada).

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2942283>, consultada el día 19-02-2015.

Þorgerði Einarisdóttur: “En las alegrías y en las penas. Hombres islandeses de permiso por paternidad”. Comisión para la igualdad de género del Ayuntamiento de Reikiavik. Versión española Junio 2012 PPIINA (Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción). Documentos. www.igualeseintransferibles.org. Consultado el día 28-04-2016.

PPIINA (PLATAFORMA POR PERMISOS PARENTALES IGUALES E INTRANSFERIBLES DE NACIMIENTO Y ADOPCIÓN), Proposición de Ley de 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 o acogida. www.igualeseintransferibles.org (consultada el día 13-02-2013).

RODRÍGUEZ AGUILELLA, A.; VERDUGO ALONSO, M.A.; y SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.: “Calidad de vida familiar y apoyos para los progenitores de personas con discapacidad intelectual en proceso de envejecimiento”. *Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, Vol. 39 (3), núm. 227, 2008, págs. 30-31.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo en España: una visión panorámica”. *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo* VVAA. (Directores) Marta Fernández Prieto y Jaime Cabeza Pereiro (2012). Editorial Bomarzo.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2013.

ROMERO CORONADO, M.A.: “Ley 26/2015, de 28 de julio: El nuevo permiso laboral para las familias en situaciones de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, enero 2016.

ROYO PRIETO, R.: “Maternidad, paternidad y desigualdad de género: los dilemas de la conciliación”. *Revista de servicios sociales*, núm. 53, 2013.

SAMPEDRO, R.; GÓMEZ, M.V.; y MONTERO, M.: “Maternidad tardía: incidencia, perfiles y discursos”. *EMPIRIA, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, núm. 5, 2002.

SANZ CABALLERO, S.: “De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Estudios de Economía aplicada*, vol. 27-3, 2009.

SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, EDITUM, Universidad de Murcia, 2014.

SCOTT, J.W.: “La mujer trabajadora en el siglo XIX”. *Historia de las mujeres en occidente*. Vol. 4. Taurus Ediciones. España. 1993.

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). “Informe de Igualdad Salarial”. Secretaría Confederal para la Igualdad–Departamento Confederal de la Mujer Trabajadora. 22 de febrero de 2011.

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT): “El empleo de las mujeres en cifras. Día internacional de la mujer trabajadora”. Informe 8 de marzo de 2012.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un nuevo reto normativo*. Editorial Comares, Granada, 2012.

VERDUGO MÁTES, M.V.; y CAL BOUZADA, M.I.: “Perfil de la maternidad en España”. *Revista Galega de Economía*, vol. 9, núm. 2, diciembre, 2000, Universidad de Santiago de Compostela.

VICENTE PALACIO, A: “En busca de la igualdad material de las mujeres: Igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 25, 2011, Universidad del País Vasco.

VILAR RODRIGUEZ, M. y PONS PONS, J.: “La cobertura social de los trabajadores en el campo español durante la dictadura franquista”. *XIV Congreso de la Sociedad Española de Historia Agraria*. Badajoz 2013. <http://seha.info/congresos/articulos/B.1.%20Vilar%20y%20Pons.pdf>. Consultado el día 2-11-2015.

ZAPATA SEPÚLVEDA, P.; FERNÁNDEZ DÁVILA, P; y SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C.: “Violencia de género en mujeres con ascendencia étnica aymara en el extremo norte de Chile”. *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, núm. 5, 2012.

REFERENCIAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (por orden cronológico).

Convenio colectivo estatal de grandes almacenes. (BOE, Núm. 96, de 22 de abril de 2013).

VI Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos (BOE, núm. 197, de 17 de agosto de 2013).

Convenio colectivo del sector del autotaxi. (BOE, núm. 68, de 20 de marzo de 2014).

III Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE, núm. 239, de 2 de octubre de 2014).

Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional. (BOE, núm. 245, de 9 de octubre de 2014).

Convenio colectivo de la industria del calzado. (BOE, núm. 245, de 9 de octubre de 2014).

Convenio colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo. (BOE, núm. 146, de 19 de junio de 2015).

Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017. (BOE), núm. 158, de 3 de julio de 2015).

Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares. (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015).

Convenio colectivo del sector ocio educativo y animación sociocultural. (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015).

Convenio colectivo nacional del sector de harinas panificables y sémolas 2015, 2016. (BOE, núm. 168, de 15 de julio de 2015).

Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos. (BOE, núm. 187, de 6 de agosto de 2015).

Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. (BOE, núm. 191, de 11 de agosto de 2015).

XVIII Convenio colectivo general de la industria química. (BOE, núm. 198, de 19 de agosto de 2015).

IV Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional. (BOE, Núm. 198, de 19 de agosto de 2015).

Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. (BOE, núm. 200, de 21 de agosto de 2015).

Convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad para el periodo julio 2015-2016. (BOE, núm. 224, de 18 de septiembre de 2015).

Convenio colectivo estatal para el sector de industrias de aguas de bebida envasadas. (BOE, núm. 242, de 9 de octubre de 2015).

Convenio colectivo estatal para las industrias de turrónes y mazapanes. (BOE, núm. 246, de 14 de octubre de 2015).

VI Convenio colectivo estatal del sector del corcho, para los años 2015-2016. (BOE, núm. 246, de 14 de octubre de 2015).

Plan de Igualdad en el grupo ACCIONA para las divisiones de ACCIONA Infraestructuras y ACCIONA Inmobiliaria. Madrid, 24 de noviembre de 2009. http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/plan_Igu_Emp_Cons.pdf . Consultado el día 31-07-2015

Plan de Igualdad de Oportunidades de la empresa “AGUAS MUNICIPALIZADAS DE ALICANTE, E.M.” Alicante, Enero de 2011.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Aguas Municipalizadas de Alicante Plan de Igualdad.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Aguas_Municipalizadas_de_Alicante_Plan_de_Igualdad.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Aqualia, Gestión Integral del Agua, S.A. Madrid, 21 de diciembre de 2009.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Aqualia_PdI.pdf.

Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Oportunidades de la ASOCIACION ALANNA. Valencia, 2 de mayo de 2011.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/PLAN IGUALDAD alanna.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/PLAN_IGUALDAD_alanna.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

I Plan de Igualdad de Género de Verdiblanca 2011-2012. Almería.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Verdiblanca PdI de genero.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Verdiblanca_PdI_de_genero.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Trato y de Oportunidades BBVA.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/bbva_PdI.pdf.

Consultado el día 07-11-2015.

Plan de Igualdad Banco Santander.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Banco Santander PdI.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Banco_Santander_PdI.pdf). Consultado el día 7-11-2015.

Plan Empresarial de Igualdad 2010-2015 Boehringer Ingelheim España S.A.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/BOEHRINGER_Plan Empresarial de Igualdad 2010-2015.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/BOEHRINGER_Plan_Empresarial_de_Igualdad_2010-2015.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Broseta Abogados, S.A. 2011-2015. Valencia 1 de abril de 2011.

[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Broseta Abogados Plan de Igualdad 2011.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Broseta_Abogados_Plan_de_Igualdad_2011.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad BT España 2010-2013 Madrid, a 31 de Mayo de 2010.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/BT_ESPANA_PLAN_IGUALDAD_BT_ESPANA.pdf. Consultado el día 07-11-2015

Plan de Igualdad en la Empresa CARAC Consultores.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Carac_Siglo_XXI_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Deutsche Bank SAE.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/db_plan_Igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres de la empresa constructora EJUCA, S.A.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/ejuca_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Enagas, S.A. 21 de octubre de 2009.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/enagas_plan_igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015

Plan de Igualdad y Conciliación de ENDESA, noviembre 2008.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/ENDESA_PLAN_IGUALDAD_CONCILIACION.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

Segundo Plan de igualdad Ernst & Young, S.L. 3 de diciembre de 2011.
<http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/ernstYoung2Plan.pdf>. Consultado el día 31-07-2015.

PLAN de IGUALDAD 2013 Corporación Empresarial Pascual.
<http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/pascualpdi.pdf>. Consultado el día 31-07-2015.

II PLAN DE IGUALDAD DE FUNDACIÓN ONCE E ILUNION (FUNDOSA GRUPO). Vigente 2013-2015.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/II_PdI_Fundacion_ONCE.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

Plan Empresarial de Igualdad 2013-2014. Medidas para la Igualdad GlaxoSmithKline, S.A.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/PdI_GSK_3_2013_2014.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Oportunidades Autoescuela Placentina S.A.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/auto_place_PdI.pdf.

Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad del Grupo Nutreco España.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/sada_plan_igu.pdf.

Consultado el día 7-11-2015.

I plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres HENKEL IBERICA, S.A. 2008-2011. Barcelona Octubre de 2008.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/henkel_plan.pdf.

Consultado el día 07-11-2015.

Plan de Igualdad de Trato y de Oportunidades entre Mujeres y Hombres Organización ICSE.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/icse_plan_Igu.pdf.

Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad IKEA Ibérica S.A.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/IKEA_Plandeigualdad.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

Plan de Igualdad Indra Sistemas.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Indra_Sistemas_PdI.pdf. Consultado el día 07-11-2015.

Plan Igualdad IAT 2012.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Instituto_Andaluz_de_Tecnologia_PdI.pdf. Consultado el día 31-07-2015

Plan de Conciliación e Igualdad 2014-15 (versión 0.1). INSTITUTO CUATROVIENTOS S. COOP.
[.http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/4V_CI_Plan_de_Conciliacion_e_Igualdad_14-15.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/4V_CI_Plan_de_Conciliacion_e_Igualdad_14-15.pdf). Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad InterBus.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Interurbana_de_Autobuses_Plan_de_igualdad.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de igualdad de Mantequerías Arias, SA. (BOE, núm. 99, de 25 de abril de 2013).

Plan de Igualdad de Martínez Lorient, SA. (BOE, Núm. 63, de 14 de marzo de 2012).

Plan Igualdad 2012-2014 Metro de Bilbao. Marzo de 2012.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/MetroBilbao_Plan_Igualdad.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de MUTUALIA 2012-2014.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/MUTUALIA_MATEPSS_2_IGUALDAD_Y_NO_DISCRIMINACION.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

II Plan de igualdad de PAUMA.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/pauma_2plan_igu.pdf. Consultado el día 31-07-2015.

Plan de Igualdad de Ricardo Luz y Asociados, S.L.
http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/Ricardo_Luz_y_Associados_Plan_de_igualdad.pdf. Consultado el día 7-11-2015.

PLAN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES
DE S2 GRUPO. 2011-2014.
[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/S2 GRUPO Acciones
_Plan_Igualdad.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/S2_GRUPO_Acciones_Plan_Igualdad.pdf). Consultado el día 7-11-2015.

PLAN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA EMPRESA "SOCIEDAD
REGIONAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS, S.A. (SOREA)" Barcelona, Julio
2009.
[http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/SOREA PLAN DE I
GUALDAD_OPORTUNIDADES_DE_LA_EMPRESA.pdf](http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/SOREA_PLAN_DE_I_GUALDAD_OPORTUNIDADES_DE_LA_EMPRESA.pdf). Consultado el día 7-11-
2015.

Plan de Igualdad Xerox.

http://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/xerox_Pdi.pdf.
[Consultado el día 31-07-2015](#)

REFERENCIAS ESTADISTICAS

ADECCO. IV Encuesta Adecco a mujeres directivas. Madrid, 5 de julio de 2010.
http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/233.pdf. Consultado el día 03-01-2016.

ADECCO. VI Encuesta Adecco a Mujeres Directivas. Madrid, 1 de diciembre de 2014.
http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/629.pdf. Consultado el día 3-1-2016.

CATALOGO DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA ADMINISTRACIÓN
GENERAL DEL ESTADO: *España en cifras 2014*. Edita INE. Madrid.

CATALOGO DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LA ADMINISTRACIÓN
GENERAL DEL ESTADO: *España en cifras 2015*. Edita INE. Madrid.

INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por
cuidados de hijas/hijos. <http://www.inmujer.gob.es/>. Consultado el día 19-11-2015.

INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por cuidados de hijas/hijos según Comunidad Autónoma. <http://www.inmujer.gob.es/>. Consultado el día 19-11-2015.

INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Excedencia por cuidado de familiares. <http://inmujer.gob.es>. Consultado el día 19-11-2015.

INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Diferencias del uso del tiempo. <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>. Consultado el día 12-11-2015.

INSTITUTO DE LA MUJER. Mujeres en cifras. Conciliación. Personas ocupadas a tiempo parcial según motivo de la jornada parcial. <http://www.inmujer.gob.es/>. Consultado el día 30-11-2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE). Módulo año 2010. Conciliación entre vida laboral y familiar. Tabla 1.19. Personas entre 16 y 64 y que han tomado excedencia a tiempo completo para cuidarlo, según el tiempo que duró este periodo. Clasificación por sexo y grupo de edad. www.ine.es. Consultado el día 19-11-2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): Encuesta de población activa (EPA), tercer trimestre de 2015, nota de prensa del día 22 de octubre de 2015, pág. 7. www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0315.pdf. Consultado el día 6-12-2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): Nota de prensa del 2 de diciembre de 2015. “Estadísticas del Movimiento Natural de la Población (Nacimientos, Defunciones y Matrimonios) Primer semestre de 2015. Datos provisionales”. <http://www.ine.es/prensa/np946.pdf>. Consultado el día 15-12-2015.

INE, Indicadores demográficos básico. <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1579>. Consultado el día 23-12-2015.

INE (Movimiento Natural de la Población). Nacimientos año 2013. Nacimientos ocurridos en España. Nacimientos por edad de la madre, estado civil de la madre y maduridad. www.ine.es.

INE. Productos y servicios/Publicaciones/Mujeres y hombres/Empleo/Incidencia en el empleo por la existencia de hijos.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): www.ine.es. Productos y servicios/ Publicaciones/Mujeres y hombres en España/Empleo/Incidencia en el empleo por la existencia de hijos. Consultado el día 9-12-2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (INE): www.ine.es/Productos y servicios/ Publicaciones/ Mujeres y hombres en España/Empleo/Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género. Consultado el día 9-12-2015.

INE. Productos y servicios. Publicaciones. Mujeres y hombres en España/Empleo. Participación de los trabajadores a tiempo parcial y con contrato temporal. [www. Ine.es](http://www.ine.es). Consultado el día 9-12-2015.

INE. ENCUESTA DE POBLACIÓN ACTIVA (EPA). Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y familiar, Año 2010. Nota de prensa del 1 de julio de 2011. www.ine.es/prensa/prensa.htm.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Estadísticas. Seguimiento estadístico de los procesos de maternidad. Procesos de mujeres que han dado a luz según compartan o no el periodo de baja con el otro progenitor. www.seg-social.es, consultada el día 27-3-2013.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Anuario. 2014. Prestaciones de Maternidad y Paternidad. <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2014/PMA/PMA.pdf>. Consultado el día 8 de agosto de 2015.

SEGURIDAD SOCIAL. ESTADISTICAS. SISTEMA - Total Regímenes - Número de procesos iniciados en el período y en vigor al final del mismo. Duración media de dichos procesos finalizados en el período. Cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave agregado del sistema de la Seguridad Social total regímenes. Acumulado al mes de Diciembre Ejercicio 2014. www.seg-social.es. Consultado el día 2-12-2015.

SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Duración media de los procedimientos de Maternidad Biológica. Seguimiento estadístico de los procesos de maternidad. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras Prestaciones de la Seguridad Social/Maternidad/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Maternidad/index.htm). Consultado el día 2-2-2016.

SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Prestación de Maternidad. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras Prestaciones de la Seguridad Social/Maternidad/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Maternidad/index.htm). Consultada el día 4-2-2016.

SEGURIDAD SOCIAL. Estadística. Prestación de Paternidad. [http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras Prestaciones de la Seguridad Social/Paternidad/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Paternidad/index.htm). Consultada el día 4-2-2016.

SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. “Presupuestos 2014 cifras y datos”. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/178607.pdf>. Consultado el día 14-01-2016

SEGURIDAD SOCIAL, Estadísticas, Otras prestaciones de la Seguridad Social, Maternidad, Paternidad. www.seg-social.es. Consultado el día 19-12-2015.

SEGURIDAD SOCIAL. Estadísticas. Datos estadísticos de la Seguridad Social a fecha 1 de noviembre de 2015. www.seg-social.es. Consultados el día 6-1-2016.

SEPE. Informe del Observatorio de las ocupaciones “2015 Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal Datos 2014” Edición realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal. www.sepe.es. Consultado el día 10-12-2015.

REFERENCIAS CONSULTAS INTERNET

ABC.es. “Nueve de cada diez embarazadas sufre violencia o acoso laboral”. Sociedad. Publicado 6-3-2010. Consultado en www.abc.es, el día 2-10-2013.

ABC. Sociedad. “El Parlamento sueco aprueba el tercer mes de permiso de paternidad”. EfeCopenhague, 11/11/2015. http://www.abc.es/sociedad/abci-parlamento-sueco-aprueba-tercer-permiso-paternidad-201511112034_noticia.html. Consultado el día 28-01-2016.

Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina. Ministerio de Salud. http://www.legisalud.gov.ar/atlas/categorias/lactancia_materna.html, consultado el día 29-01-2016.

BOLETÍN DIGITAL DEPARTAMENTO CONFEDERAL DE LA MUJER. UGT. Número 49. Mayo 2009. <http://www.ugt.es/Mujer/crisalida/00049/A%20Fondo.html>. Consultado 2-10-2013.

CINCO DÍAS. “Los 27 rechazan ampliar la baja por maternidad ante la falta de recursos”.07-12-2010.
http://cincodias.com/cincodias/2010/12/07/economia/1291704986_850215.html Consultado el día 15-01-2016.

CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO. “Que no hagan pasar por medidas de conciliación o de creación de empleo lo que son medidas de expulsión de las mujeres del mercado laboral”. 01-07-2015.

<http://www.ccoo.es/noticia:98752-->

[Que no hagan pasar por medidas de conciliacion o de creacion de empleo lo que son medidas de expulsion de las mujeres del mercado laboral](#). Consultado el día 14-04-2016.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 23ª Edición, publicada en octubre de 2014, www.rae.es.

DIRECCIÓN GENERAL DE INDUSTRIA Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA. “Retrato de las PYME 2015”. Subdirección General de Apoyo a la PYME. Edición: enero de 2015. http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2015.pdf. Consultado el día 13-11-2015.

FUNDACIÓN MÁSFAMILIA. <http://www.masfamilia.org/>. Consultado el día 20-01-2016.

JIMENEZ CANO, R.: “Facebook y Apple ofrecen congelar los óvulos a sus empleadas”. *El país. Tecnología*. San Francisco 15-10-2014. http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/10/15/actualidad/1413333970_087854.html. Consultado el día 20-01-2016.

LA NUEVA ESPAÑA: “Los nacimientos de bebés prematuros aumentan en España”. 20-11-2014. www.ine.es. <http://www.lne.es/vida-y-estilo/salud/2014/11/20/nacimientos-prematuros-tardios-aumentan-espana/1674424.html>. Consultado el día 14-01-2016.

LÓPEZ NALDA, M. y BOULAT, P.: “La Comisión Europea abandona el proyecto de Directiva para la mejora del permiso de maternidad”. *Legaltoday.com*. Internacional. 27 de Julio de 2015. http://www.legaltoday.com/practica-juridica/supranacional/d_ue/la-comision-europea-abandona-el-proyecto-de-directiva-para-la-mejora-del-permiso-de-maternidad. Consultado el día 15-01-2016.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Gabinete de Comunicación, nota de prensa del día 5 de junio de 2015. “El Gobierno apuesta por reconocer la contribución demográfica de las madres trabajadoras”, <http://prensa.empleo.gob.es/>. Consultada el día 28-09-2015.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Gabinete de Comunicación, nota de prensa del día 5 de junio de 2015. “El Gobierno apuesta por reconocer la contribución demográfica de las madres trabajadoras”. Complemento a la noticia, pág. 13. <http://prensa.empleo.gob.es/>. Consultada el día 28-09-2015.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Gabinete de Comunicación, nota de prensa del día 30 de junio de 2015. “Tomás Burgos: La importante brecha de prestaciones entre hombres y mujeres ha de cerrarse sin renunciar a la natalidad”. <http://prensa.empleo.gob.es/>. Consultada el día 28-09-2015.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. Secretaría de Estado de Empleo. “La situación de las mujeres en el mercado de trabajo en 2014”. 8 de marzo de 2015. http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/situacion_mujer_trabajo_2014.pdf. Consultado el día 6-12-2015.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Programas. 10 Datos sobre la lactancia materna. http://www.who.int/maternal_child_adolescent/en/. Consultado el día 18-04-2015.

VIDALES, R.: “La ampliación del permiso de paternidad se aplaza por cuarto año”. *El país*. 27 de noviembre de 2014. http://politica.elpais.com/politica/2014/11/26/actualidad/1417026910_752556.html. Consultado el día 4-5-2016.

Web de la OIT. Mapas interactivos. Duración de la licencia por maternidad por país. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241698/lang--es/index.htm. Consultado el día. 21-01-2016.

Web de la OIT. Mapas interactivos. Duración de la licencia por paternidad por país. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241699/lang--es/index.htm. Consultado el día. 21-01-2016.

TABLAS

Tabla núm. 1. Evolución histórica del permiso por maternidad desde sus inicios y hasta las normas pre-constitucionales.

Tabla núm. 2. Evolución histórica del permiso por maternidad desde la Constitución de 1978 y hasta el momento actual.

Tabla núm. 3. Porcentaje de mujeres que han dado a luz y han compartido la prestación contributiva con el otro progenitor por Comunidades Autónomas.

Tabla núm. 4. Prestación de maternidad. Procesos percibidos por cada progenitor.

Tabla núm. 5. Prestación por maternidad por Comunidades según procesos percibidos por la madre y el padre durante el año 2015.

Tabla Núm. 6. Porcentaje de padres-otro progenitor han disfrutado el permiso por paternidad

Tabla núm. 7. Porcentaje de padres-otro progenitor han disfrutado el permiso por paternidad por Comunidades Autónomas en el año 2014.

Tabla núm. 8. Porcentaje de padres-otro progenitor han disfrutado el permiso por paternidad por Comunidades Autónomas en el año 2015.

Tabla núm. 9. La excedencia por cuidados de hijos e hijas desde 2005 y hasta 2014.

Tabla núm. 10. Porcentaje de madres que han disfrutado la excedencia por cuidado de hijos e hijas, según Comunidades Autónomas, desde el año 2012 y hasta 2014

Tabla núm. 11. Excedencia por cuidado de familiares

Tabla núm. 12. Nacimientos en España en el año 2013 en madres cuya edad está comprendida entre 32 y 50 años o más.

Tabla núm. 13. Tasa de empleo de hombres y mujeres de 25 a 49 años en el año 2014

Tabla núm. 14. Evolución del impacto de la maternidad en el empleo

Tabla núm. 15. Países donde en el año 2013 había un permiso por maternidad superior al de España (112 días)

Tabla núm. 16. Países donde existe un permiso por paternidad superior al de España (15 días), en 2013

ABREVIATURAS

Anterior EBEP: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

Anterior ET: 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

Anterior LGSS: Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

BOE: Boletín Oficial del Estado

BR: Base Reguladora

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

CE: Constitución Española 1978

DA: Disposición Adicional

DF: Disposición Final

DT: Disposición Transitoria

EBEP: 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

ET: 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

INE: Instituto Nacional de Estadística

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

IPREM: Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples

ISM: Instituto Social de la Marina

Ley de conciliación: Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

LETA: Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo

LIRPF: Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio

LOI: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LPGE: Ley de Presupuestos Generales del Estado

OIT: Organización Internacional del Trabajo

OMS: Organización Mundial de la Salud

PGE: Presupuestos Generales del Estado

RD: Real Decreto

REA: Régimen Especial Agrario

RETA: Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

SS: Seguridad Social

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TRADE: trabajadores autónomos económicamente dependientes

TS: Tribunal Supremo

TSJU: Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea