

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD BIOLÓGICA

MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE

Profesora Titular de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. La desaparición del carácter sexista de la normativa protectora de la maternidad. III. Análisis particular de la suspensión contractual por nacimiento de hijo. 1. Planteamiento 2. Naturaleza jurídica, concepto y efectos 3. Situación protegida 4. Titularidad del derecho 5. Bienes jurídicos tutelados 6. Descanso obligatorio *versus* descanso voluntario IV. A modo de propuesta final.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

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.

Nuestra Constitución dedica a esta materia el art. 39.2, –ubicado entre los “principios rectores de la política social y económica–, donde se declara que “los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos..., y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. En el orden internacional son numerosos los Tratados y Convenios que con mayor o menor intensidad regulan este tema, de los que procede resaltar el Convenio núm. 103 de la OIT, sobre protección de la maternidad¹, y la Carta Social Europea, hecha en Turín en 1961². Y, en fin, en lo que se refiere al Derecho Comunitario, destacan dos importantísimas Directivas: la 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya

1 Revisado en 1952, y ratificado el 20 de agosto de 1966.

2 En la misma se declara que las trabajadoras, en caso de maternidad, tienen derecho a una protección especial en su trabajo, concretado en un descanso mínimo de doce semanas.

dado a luz o en período de lactancia³; y la 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental.

El análisis de las concretas medidas de protección exige, con carácter previo, el conocimiento de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en la materia. Para éste, en sentencias tan conocidas como la del 12 de julio de 1984 (Asunto Hofmann) y la de 15 de mayo de 1986 (Asunto Hohnston), sólo cabe diferenciar normativamente a la mujer con la doble finalidad de proteger, de una parte, su condición biológica durante el transcurso de su embarazo y puerperio y, de otra, las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido, con la precisión de que el objeto de tutela es el estado real de maternidad y no simplemente potencial⁴, reputándose contrarias al principio de igualdad de trato medidas de carácter generalista que no tienen en cuenta tal consideración, como las que prohíben el trabajo nocturno de las mujeres⁵, o las que las excluyen de cualquier empleo militar que implique el uso de armas⁶.

II. LA DESAPARICIÓN DEL CARÁCTER SEXISTA DE LA NORMATIVA PROTECTORA DE LA MATERNIDAD

La protección de la maternidad se acomete normativamente desde diferentes frentes. Hay disposiciones que abordan el tema desde la perspectiva contratual, otras que lo hacen desde el punto de vista de la Seguridad Social, no faltando las que realizan su función de tutela desde el ámbito de la Salud Laboral.

Dentro de los dos primeros grupos se sitúan: 1) la suspensión del contrato de trabajo por razón de maternidad, imprescindible para la recuperación física de la mujer así como para la atención del recién nacido; 2) las prestaciones económicas de seguridad social, a través de las cuales se provee a la mujer (o al varón) de rentas sustitutivas del salario durante los períodos de suspensión; y 3) la reducción de jornada por lactancia.

Respecto de estas medidas cabe poner de manifiesto la tendencia reciente del

³ Téngase en cuenta que esta es la décima Directiva dictada en cumplimiento del art. 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

⁴ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.A., A, "La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa "protectora" de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El Trabajo en las minas", *Tribuna Social*, núm. 27, 1993, pág. 50.

⁵ STJCE 25 julio de 1991 (Asunto Stoeckel).

⁶ STJCE 11 enero 2000 (Asunto "Kreil C/Bundesrepublik Deutschland"), sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, y limitación del acceso de las mujeres a los puestos de trabajo militares de la Bundeswehr (puede verse en *Actualidad Laboral*, núm. 11 de 2000). El TJCE, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial alemán, señala que la exclusión total de las mujeres de cualquier empleo militar que implique el uso de armas no está comprendido entre las diferencias de trato permitidas por el art. 2, apartado 3, de la Directiva 76/207/CEE, fundadas en la protección de la condición biológica de la mujer y en las especiales relaciones entre la mujer y su hijo.

legislador a abandonar la distinción sexista presente tradicionalmente en buena parte de las normas protectoras de la maternidad⁷, atribuyendo también al padre derechos que otrora se reconocían exclusivamente a la mujer; así, la Directiva 96/34/CE, regula el “permiso parental”, y la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se dirige a promover la conciliación de la vida familiar y laboral “de las personas trabajadoras”.

Con la desaparición de los impedimentos jurídicos que venían a perpetuar la tradicional distribución de roles dentro de la familia, se persigue un doble objetivo. Por una parte, hacer real y efectivo el principio de igualdad enunciado en el art. 14 CE y desarrollado en el ámbito del Derecho de la Unión Europea en la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero, y por otra, poner coto al efecto *boomerang* que cualquier medida protectora es susceptible de generar en perjuicio del colectivo objeto de tutela. Y, es que, previsiones de este tipo incrementan las cargas empresariales, por lo que, de quedar referidas tan sólo a la mujer, generan el resultado de desincentivar la contratación de mano de obra femenina. La experiencia demuestra que el embarazo y la maternidad constituyen el más importante obstáculo para el acceso o la permanencia de la mujer en el empleo⁸. No habiendo conseguido resolver las tradicionales medidas normativas de protección por maternidad el problema de la desigualdad de trato por razón de la función procreadora de la mujer⁹, la doctrina venía reclamando desde tiempo atrás la extensión de las mismas, en la medida de lo posible, al varón¹⁰.

Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, desde un punto de vista formal, las responsabilidades de tipo familiar se hallan configuradas como derechos y obligaciones tanto del hombre como de la mujer¹¹. La realidad se halla, sin embargo, bien alejada de las aspiraciones del legislador, pues la mujer continúa asumiendo la mayor parte de las cargas familiares. En los albores del siglo XXI, la crianza de los hijos, el trabajo doméstico, y el cuidado de familiares enfermos y ancianos, todavía constituyen patrimonio femenino.

7 Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F., “Legislación Laboral y Responsabilidades Familiares del Trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 1999, pág. 19.

8 Véase, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 733.

9 En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe *La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103)*, y de la *Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95)*. Ginebra, 1999.

10 Por ejemplo, véase, BALLESTER PASTOR, M.A., A., “La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa “protectora” de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El Trabajo en las minas”, *cit.*, pág. 49.

11 No se trata de una tendencia reciente. Ya el ET de 1980 extendió la excedencia para el cuidado de los hijos a los padres. Posteriormente, con la Ley 3/1989, de 3 de marzo (BOE de 8 de marzo), el permiso de lactancia pasó a ser de titularidad compartida, y, por vez primera en nuestro ordenamiento, la suspensión por maternidad pudo ser asumida parcialmente por el padre.

Especialmente importante es primero de los aspectos señalados. Como regla general, para los progenitores varones el cuidado de la descendencia tiene carácter opcional, mientras que para la mujer suele resultar obligatorio. Por ello, la existencia de hijos de corta edad impide la inserción o el mantenimiento en el mundo del trabajo de muchas mujeres¹², en especial, aquéllas que en función de su nivel educativo, experiencia laboral, y sector de ocupación, obtendrían en el mercado laboral un salario insuficiente para compensar el importe de los servicios de atención al menor¹³.

De este modo, la equiparación entre hombres y mujeres en el acceso al empleo sólo resulta factible a partir de determinados niveles de renta, deviniendo el problema que analizamos, como tantos otros, en una cuestión de tipo socioeconómico. Ciertamente, de ser las rentas bajas, el mantenimiento de la mujer en su puesto de trabajo suele estar condicionado a la disponibilidad de los abuelos para atender al niño, pues en otro caso el trabajo femenino no resulta “rentable” en términos económicos para la unidad familiar.

En los supuestos descritos, la igualdad real entre hombres y mujeres sólo puede venir de la mano de los Poderes Públicos a través del establecimiento de guarderías suficientes y de calidad, y, cómo no, de la adaptación de los horarios y períodos vacacionales de los colegios a los laborales.

III. ANÁLISIS PARTICULAR DE LA SUSPENSIÓN CONTRACTUAL POR NACIMIENTO DE HIJO

1. PLANTEAMIENTO

Como ya se ha señalado, con la finalidad de hacer real y efectivo el principio de igualdad así como de evitar el denominado “efecto *boomerang*”, en los últimos tiempos el legislador ha extendido también al padre derechos que tradicionalmente se han reconocido a la mujer con carácter de exclusividad.

12 Téngase en cuenta, además, que la dificultad existente en la conciliación entre la vida familiar y el trabajo asalariado constituye uno de los principales factores determinantes del retraso de la maternidad y de la intensa reducción de la misma. Tal como certeramente señala el CES en su Informe 4/2000, *La protección social de las mujeres*, Colección Informes, CES, Madrid, 2000, pág. 81, “en el ciclo vital de las mujeres hay una coincidencia temporal entre el período de maternidad y crianza de los hijos y el de integración y consolidación laboral, y la falta de adecuación del trabajo a esta realidad origina, por un lado, una generalización de las decisiones tendentes a retrasar los nacimientos, tener un solo hijo, e incluso no tenerlo, y por otro lado (aunque cada vez en menor medida), la interrupción o el abandono de la carrera laboral”. De hecho, tal y como también se advierte en el citado Informe (pág. 84), las mujeres que no están integradas en el mundo laboral tienen más hijos que las inactivas, duplicando, entre 1990 y 1997, el número de nacimientos de mujeres inactivas al de las activas, y situándose en 1997 en 72 y 38 nacimientos por 1000 mujeres, respectivamente.

13 Véase, CASTAÑO, C.; IGLESIAS, C.; MAÑAS, E.; y SÁNCHEZ-HERRERO, M., *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, CES, Madrid, 1999, pág. 25.

Existe, de todos modos, un núcleo de disposiciones de naturaleza protectora que, teniendo un fundamento biológico, resultan intransferibles, y conforman un conjunto normativo que, si bien cada vez más reducido, justifica que aún hoy se pueda continuar hablando de particularidades de la ordenación del trabajo femenino. El referido núcleo se compone de un conjunto de medidas de carácter tutelar con las que se ampara a la mujer en situación de embarazo y puerperio:

- Permiso remunerado para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (art. 37.3.f ET).
- Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (art. 48.5 ET).
- Suspensión del contrato por nacimiento de hijo (art. 48.4 ET).

Con matizaciones, ya no forma parte de este núcleo normativo el permiso de lactancia, no constituyendo en la actualidad un derecho exclusivo de la mujer¹⁴. Tampoco están incluidas en el mismo, por faltar el hecho biológico del alumbramiento, las medidas protectoras para supuestos de adopción y acogimiento, que generan un derecho de titularidad compartida¹⁵. Y, en fin, quedan también fuera de aquél la reducción de jornada por motivos familiares (art. 37.2 ET), y la excedencia por cuidados de familiares (art. 46.3 ET), pues, afortunadamente, las responsabilidades de este tipo ya no se atribuyen exclusivamente a la mujer, quedando configuradas legislativamente como derechos y obligaciones de trabajadores y trabajadoras.

Nuestro análisis se ceñirá a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo.

2. NATURALEZA JURÍDICA, CONCEPTO Y EFECTOS

El descanso por maternidad es un derecho que se reconoce a la madre, pudiendo ésta compartirlo con el padre del hijo. Se configura como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo (art. 45.1.d ET), que, como se sabe, implica el cese temporal de la ejecución de las prestaciones principales objeto de aquél (la

14 Dispone el art. 37. 4 ET lo siguiente: “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 su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen”. Adviértase el diferente trato dispensado, en la regulación de este derecho, al padre y a la madre: mientras a la trabajadora se le reconoce al margen de que el padre trabaje, el trabajador sólo podrá ejercitarlo si la madre también tiene ocupación. Tan diversa ordenación ha llevado a pensar a algún autor que la titular del derecho es la madre quien puede, si así lo decide, cederlo al padre (en este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, en *RL*, núm. 9, 1989, pág. 1152).

15 Recuérdese que el art. 48.4, párrafo tercero, en su nueva redacción, dada por la Ley 39/1999, dispone que en caso de que “la madre y el padre 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”.

laboral y la retributiva), con mantenimiento del resto de sus efectos.

Su régimen jurídico se contiene en el art. 48.4 ET, recientemente reformado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹⁶. Tras una primera lectura del precepto destaca la completa regulación de esta causa suspensiva frente al resto de situaciones de esta naturaleza, especialmente en lo referente a la duración (así venía exigido por el Convenio núm. 103 de la OIT, ratificado por España)¹⁷.

La doctrina lo ha definido como “un supuesto a mitad de camino entre la suspensión del contrato y los permisos retribuidos, pues gozan de la naturaleza de la primera, pero de los efectos de los segundos, aunque no a costa del empresario, sino de la Seguridad Social”¹⁸. Y, es que, ciertamente, este supuesto de suspensión genera dos derechos básicos: a reserva de puesto de trabajo (art. 48.1 ET), y a prestaciones de la Seguridad Social en caso de concurrencia de los requisitos establecidos al efecto (art. 133 bis y sgs. LGSS).

El reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social sustitutivas –al 100%– de las rentas del trabajo dejadas de percibir durante el período suspensivo, se conecta con el carácter obligatorio del descanso y con los importantes fines que se atienden con el mismo. Ahora bien, dado que la relación laboral y la de Seguridad Social corren por cauces distintos, y en la medida en que el nacimiento del subsidio se condiciona al cumplimiento de determinadas exigencias, es posible, aunque cuestionable, que el ejercicio del derecho a la suspensión no se vea acompañado del disfrute de la prestación económica.

3. SITUACIÓN PROTEGIDA

Tres son las situaciones protegidas en el art. 48.4 ET, el parto, la adopción y el acogimiento, de las cuales, a efectos de este trabajo, interesa la primera, en cuanto hecho causante de la suspensión contractual por maternidad biológica.

Dispone, en efecto, el primer inciso del referido art. 48.4 que “en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas...” Por su parte, el art. 45.1.d) ET, al enumerar las distintas causas suspensivas del contrato de trabajo, se refiere a una realidad más amplia, la maternidad, comprensiva del parto en sí, del tramo último del embarazo, y del puerperio. Pues bien, todas esas “fases” encuentran protección en la regulación que del descanso maternal se contiene en el art. 48.4 ET, en cuanto que este precepto se refiere al “parto” como desencadenante

16 Sobre la dudosa constitucionalidad de algunas de las previsiones contenidas en la normativa anterior, véase, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La protección por maternidad”, Tirant Monografías, Valencia, 1997, págs. 32 y ss.

17 Véase RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Navarra, 1999.

18 GARCÍA NINET, J.I., “La incapacidad temporal. La maternidad”, en AAVV, *Derecho de la Seguridad Social* (dir. VILLA GIL, L.E., de la), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 379.

del conjunto de situaciones tuteladas por el legislador, previas y posteriores al alumbramiento.

No exige la norma que el niño nazca vivo¹⁹. Por lo tanto, su muerte no obsta al inicio o mantenimiento de la suspensión contractual contemplada en el art. 48.4 ET, si bien parece razonable entender que la misma quedará reducida al período mínimo obligatorio de seis semanas dirigido a la recuperación física de la madre pues, no existiendo recién nacido al que atender, pierde sentido el descanso durante el denominado “período voluntario”²⁰.

El parto frustrado conecta con otro supuesto, el aborto, que es necesario distinguir del parto prematuro del que haya resultado un niño muerto, pues ambas situaciones se canalizan a través de instituciones jurídicas diversas. El aborto es la pérdida del embrión o del feto, de forma espontánea o provocada, durante los primeros 180 días de embarazo, período durante el cual el producto de la concepción no es todavía viable, teniendo la consideración de parto, si bien frustrado, la expulsión del feto muerto a partir del sexto mes de gestación, momento en que ya es posible la viabilidad del hijo.

La dicción del art. 48.4 ET no ofrece lugar a dudas. Sólo el parto, frustrado o no, se puede canalizar por la vía de la suspensión por maternidad. Así lo ha defendido la mayoría de la doctrina, para la que las consecuencias patológicas del aborto han de ser desplazadas a otra causa suspensiva: la incapacidad temporal²¹.

4. TITULARIDAD DEL DERECHO

a) La madre como titular originaria

Sin pronunciarse inicialmente el art. 48.4 ET acerca de la titularidad del derecho a la suspensión (si de la madre o de ambos progenitores), el mismo se limita a señalar que aquélla será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo²². Es

19 La falta de una expresa regulación del supuesto de fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después, es objeto de crítica por parte de PÉREZ DEL RÍO, T., “La Ley 39/99, de Conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, núm. 52., pág. 55, para quien, si bien las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantiene en tasas superiores a las de fallecimiento de la madre (situación sí expresamente prevista), como consecuencia del incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida.

20 En este sentido, véase RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Navarra, 1999., pág. 95.

21 Por todos, ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 268; MOLERO MANGLANO, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV., *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

22 Recuérdese que la posibilidad de beneficiarse de la ampliación de la suspensión a partir del segundo hijo constituye una novedad de la Ley 39/1999. Sobre el carácter insuficiente de la ampliación, véase MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, pág. 79.

en el segundo inciso del primer párrafo del art. 48.4 cuando el legislador desvela la identidad del referido titular, al precisar que “el período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”. Así pues, “la interesada”, es decir, la madre²³, es la titular originaria del derecho.

Como es obvio, la mujer habrá de ser trabajadora por cuenta ajena con contrato en vigor para que opere la causa suspensiva.

b) El padre como titular derivado

A diferencia de la adopción y del acogimiento, donde padre y madre se encuentran en un plano de igualdad en cuanto “titulares legales indistintos”²⁴, en la suspensión por maternidad es la madre la titular exclusiva, teniendo el eventual derecho del padre un doble carácter: 1) condicionado, en cuanto que depende de que la madre sea asalariada y ostente el derecho a la suspensión; y 2) derivado, puesto que sólo en determinadas circunstancias que implican el no ejercicio o ejercicio parcial del derecho por parte de la mujer tiene aquél acceso al mismo²⁵.

Las circunstancias habilitantes para el disfrute del derecho por parte del varón son dos:

1º- Por opción de la progenitora

Puede la madre optar por que el padre disfrute de una parte de la suspensión. La opción se ha de ejercitar al inicio del período de descanso, quedando condicionada legalmente a la circunstancia cada vez más común de que “el padre y la madre trabajen”. En efecto, si es la madre la que no trabaja, careciendo ésta de la titularidad del derecho, no se halla facultada para ejercitar la opción a favor del padre. Y si es el padre el que se encuentra falto de ocupación, el mismo no podrá generar derecho alguno a suspensión contractual, aunque la mujer desarrolle una actividad asalariada.

En cuanto al momento del disfrute del descanso por parte del padre, éste ha de ser posterior al parto, pudiendo desarrollarse, bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva con el de la madre, exigiéndose en todo caso su carácter ininterrumpido. No fija la Ley la extensión mínima del descanso (podría ser, por ejemplo, de una semana); pero sí la duración máxima, de diez semanas, habiéndose de respetar el descanso mínimo obligatorio de la madre de seis semanas.

23 Sobre la titularidad del derecho a la suspensión por maternidad, véase RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., págs. 108 y ss.

24 Cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 118.

25 Cfr. RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 109. Para RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *AL*, núm. 18, 1999, pág. 4, la desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia”.

Como única excepción al ejercicio por el padre del derecho a la suspensión, la Ley señala la del posible riesgo que para la salud de la madre entrañe su incorporación al trabajo en el momento de la efectividad del descanso del padre. Más adelante se comentarán las posibles repercusiones negativas que se pueden derivar de una previsión de tal naturaleza.

2º- Por fallecimiento de la progenitora

Dispone el inciso último del primer párrafo del art. 48.4 que 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 tiempo de suspensión. Así pues, este supuesto extremo es el único que permite disfrutar al varón del período máximo de descanso.

El fundamento de esta previsión es, evidentemente, la tutela del niño recién nacido, por lo que es razonable entender que el ejercicio del derecho no se halle subordinado a la condición asalariada de la madre. Si bien la redacción de la norma, en este punto, no es demasiado clara, puede resultar significativo que en el párrafo siguiente, respecto de la opción arriba analizada, el legislador expresamente exija que “el padre y la madre trabajen”, omitiéndose esta exigencia en el apartado inmediatamente anterior, objeto de estudio en este momento.

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

c) ¿Hacia la titularidad compartida?

Previsiblemente, se habrán de producir enormes cambios sociales con carácter previo al reconocimiento legislativo de dos titularidades indistintas de “descanso por paternidad”, una del padre y otra de la madre.

Ello no obstante, en la actualidad, el que el varón carezca de acceso directo a la suspensión suscita situaciones paradójicas. Ciertamente, no parece razonable que en caso de adopción y acogimiento cualquier padre trabajador cuya pareja carezca de empleo tenga permitido disfrutar en su integridad el período de suspensión, mientras que esta posibilidad se le niegue a los padres biológicos²⁶. Y, de modo similar, causa perplejidad que en los casos en que sólo la mujer trabaje, ésta siempre tenga derecho a disfrutar del período completo de descanso, aunque el padre, careciendo de ocupación, pudiera atender al niño; y que, por el contrario, si sólo el

²⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A-V, “La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, en *RL*, Tomo II, 1989, pág. 93; y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal”, en la obra colectiva *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 438.

varón posee empleo éste tenga completamente vedada la posibilidad de beneficiarse del derecho.

5. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

a) Un bien jurídico plural

A nuestro juicio, son tres los bienes jurídicos protegidos por medio de la suspensión del contrato por maternidad: 1) la recuperación física de la mujer tras el esfuerzo del alumbramiento; 2) el afianzamiento de las relaciones entre el progenitor/progenitora y el niño; y 3) la atención de los intensos cuidados que reclama el recién nacido durante sus primeras semanas de vida²⁷.

Evidentemente, cumplido el primer objetivo, los otros dos pueden ser satisfechos indistintamente por el padre o la madre. Si a ello se suma el carácter desincentivador de la contratación de mano de obra femenina que las normas protectoras de la maternidad generan, se entiende que el legislador, en las últimas reformas normativas operadas en la materia, haya procedido a ampliar al máximo el período de descanso del que puede hacer uso el padre, pretendiendo con ello hacer caer, al menos de la letra de la Ley, la arraigada creencia social de que la crianza de los hijos constituye patrimonio exclusivo de la mujer. Pero se trata, en efecto, de una mera “aspiración”, toda vez que la regulación resulta deficiente en bastantes aspectos en orden a la tutela de los bienes jurídicos arriba señalados, así como a la realización del principio de igualdad material.

b) La deficiente tutela del recién nacido

Específicamente, en lo que se refiere a la protección del niño, la regulación de la suspensión contractual por nacimiento de hijo resulta confusa, contradictoria, y a todas luces, insuficiente. Así se observa, al menos, en los siguientes puntos:

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

²⁷ En palabras de RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 72, “la suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial”.

La eventual falta de atención del recién nacido durante sus primeros meses de vida queda finalmente soslayada en la práctica por la generalizada tendencia de las madres trabajadoras a no ejercitar su derecho a la suspensión hasta encontrarse bien cercano el momento del parto.

Por el contrario, en el caso de que la madre haya optado por que el padre disfrute de una parte del descanso no simultáneo con el de aquélla, éste ha de ser necesariamente posterior al alumbramiento y al obligado descanso de seis semanas, luego la finalidad inmediata de la suspensión contractual del padre en este supuesto no puede ser otra que la atención del recién nacido. De este modo, los cuidados del niño más allá de las seis semanas de recuperación física de la madre quedan garantizados siempre que el padre se beneficie de un descanso no simultáneo con el de la progenitora, no así cuando sólo lo haga la madre que podrá optar por agotar 10 de las 16 semanas de que dispone antes del alumbramiento.

Tampoco se entiende bien, en orden a la necesaria atención que reclama el recién nacido, que el período de descanso del padre pueda simultanearse con el de la madre, pues ello implica una sensible minoración del período de dedicación al mismo por parte de sus progenitores, en la medida en que la suma de los mismos no podrá exceder de dieciséis semanas. Ciertamente, en aquellos casos en que la salud de la madre fuera especialmente delicada estaría justificada la presencia del padre. Pero, paradójicamente, en estos supuestos se le dificulta o impide legalmente el acceso a la suspensión, pues, por una parte, la opción se ha de producir “al iniciarse el período de descanso”, y por tanto, cuando todavía se desconoce la evolución de la salud de la madre; y por otra, porque el disfrute por el padre del período de descanso queda exceptuado, precisamente, cuando “en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud”. Luego, a la madre enferma se le impone la carga adicional de tener que ocuparse del recién nacido.

Y, en fin, otro de los importantes cambios introducidos por la Ley 39/1999 es la posibilidad de disfrute de los períodos de descanso a tiempo parcial, “previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados”, y “en los términos que reglamentariamente se determinen”, novedad que habrá que entender referida exclusivamente a las diez semanas que resten tras las seis de descanso obligatorio de la madre, en cuanto que la recuperación física de ésta resulta a todas luces incompatible con el trabajo, siquiera sea a tiempo parcial. En términos valorativos, cabe afirmar que si bien es cierto que desde la perspectiva de la eventual promoción profesional del progenitor (normalmente progenitora), esta previsión puede resultar positiva al evitarle un largo período de separación de su puesto de trabajo, no cabe duda de que la misma, una vez más, implica desconocer las necesidades y atenciones que reclama el niño.

6. DESCANSO OBLIGATORIO *VERSUS* DESCANSO VOLUNTARIO

Como ya se ha apuntado, existe un período de descanso mínimo obligatorio tras el parto, de seis semanas. Éste se dirige a la recuperación física de la mujer, uno de los bienes jurídicos tutelados por la institución que se analiza. El resto del descanso (10 semanas) podrá ser disfrutado totalmente por la madre o por el padre, o con carácter parcial mediante un reparto entre ambos.

A nuestro juicio, resulta contraria a la regulación estatutaria la completa renuncia del período adicional a las seis semanas dirigidas a la recuperación de la madre, sin disfrute por parte de ninguno de los progenitores. Ahora bien, una interpretación diversa podría parecer derivarse de la tradicional distinción entre descanso obligatorio (las seis semanas de descanso obligatorio puerperal) y voluntario (las diez restantes).

La diferenciación entre los dos aludidos períodos trae su causa en antiguas normas de Seguridad Social, como la Orden de 13 de octubre de 1967, reguladora de la Incapacidad Laboral Transitoria²⁸, declarada vigente por el TS²⁹. La misma, no adaptada a la actual ordenación de la institución, define el período de descanso obligatorio como “la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, así como el que, en su caso, prescriba el Médico que preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto”³⁰; y el voluntario como el “no prescrito como obligatorio por el Médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria por la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión durante un período de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el Médico para el parto y con un límite de seis semanas”³¹.

Por su parte, otra norma de Seguridad Social más reciente hace referencia explícita a la posibilidad de renuncia parcial del derecho. Nos referimos al RD-L 1171/1998, de 4 de septiembre, en cuyo art. 1, apartado b), se dispone que la bonificación del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social a que dan derecho los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, se extinguirá “en el caso de que el trabajador no agote el período de descanso a que tuviese derecho”.

Con independencia del contenido de las disposiciones de seguridad social señaladas –no olvidemos que el Derecho Laboral y el de la Seguridad Social actúan como Ordenamientos independientes–, a nuestro entender de la lectura del art. 48.4

28 BOE de 4 de noviembre.

29 Véase STS 11 de mayo de 1998 (RJ 1998/4325).

30 Véase art. 12 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

31 Art. 13 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

ET no parece deducirse el carácter absolutamente dispositivo del derecho al descanso de las 10 semanas adicionales a las seis que la mujer habrá de disfrutar oblitatoriamente tras el parto, pues en este punto la regulación estatutaria posee un sentido claro: “en el supuesto de parto, la suspensión *tendrá* una duración de dieciséis semanas”. Cosa distinta es que el período pueda ser distribuido a elección de la interesada antes o después del parto, o que la madre se halle facultada para optar por que el padre disfrute de hasta 10 semanas de descanso con posterioridad al parto; ahora bien, las posibilidades de disposición del derecho por parte de la mujer se limitan, exclusivamente, a estas dos señaladas por el legislador.

No olvidemos que entre los bienes jurídicos tutelados con la figura del descanso de maternidad se encuentra, aparte de la salud de la madre, el propio niño³², ser indefenso necesitado de la continua atención por parte de sus progenitores. La admisión de la existencia de un período de descanso voluntario, interpretado en el sentido de renunciabile por la madre y por el padre, supondría desconocer el antedicho bien jurídico.

En otro orden de cosas, cabe señalar que la existencia de un descanso mínimo obligatorio tras el parto, y la posibilidad de distribuir el resto del período antes y después de éste, constituyen los elementos que diferencian más netamente el régimen jurídico de las suspensiones por maternidad biológica y adoptiva³³.

Ciertamente, en los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, no existiendo el hecho físico del alumbramiento, todo el período de descanso posee la misma naturaleza y se disfruta, a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Sólo en el caso de adopción internacional, y cuando fuera necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión podría iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución constitutiva de la adopción.

IV. A MODO DE PROPUESTA FINAL

Muchas de las deficiencias de la actual regulación del descanso por maternidad se evitarían mediante la configuración de un “permiso de paternidad” independiente del de la madre, con una ordenación similar a la de la suspensión en caso de adopción o acogimiento –si bien desprovista de algunos elementos “perturbadores” que impiden que la atención del niño resulte suficientemente

32 También en este sentido, HERNÁNDEZ MARTÍN, A., “Sobre la titularidad del disfrute del descanso maternal y no discriminación por razón de sexo”, en *Aranzadi Social*, núm. 19, pág. 27; y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, pág. 81.

33 En esta línea, RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 121, quien distingue entre un descanso voluntario pre-parto, un descanso obligatorio puerperal, y un descanso voluntario post-parto.

garantizada—, en los siguientes o parecidos términos: 1) tras el descanso obligatorio de seis semanas para la madre, el resto del período se distribuiría “a opción de los interesados”, interpretándose “distribuir” en sus justos términos de obligatorio reparto entre ambos progenitores; 2) la opción inicial sería modificable *a posteriori* por causas justificadas; 3) en el caso de que la madre, no siendo trabajadora, careciera del derecho a la suspensión, podría beneficiarse de todo el período el padre; 4) en el supuesto de muerte de la madre, trabajadora o no, el padre habría de ejercitar su derecho a la suspensión para atender al recién nacido; 5) y, en fin, la enfermedad de la madre durante el período de descanso incompatible con el cuidado del niño determinaría el paso de ésta a la situación de incapacidad temporal y el ejercicio obligatorio por el padre del derecho a la suspensión por el tiempo que restase, con el fin de evitar la desatención del recién nacido.

La conformación del permiso de paternidad como un derecho de titularidad compartida de obligatorio disfrute tanto para el padre como para la madre pondría fin al “efecto boomerang” de las normas protectoras de la maternidad, pues hombres y mujeres pasarían a ser destinatarios de éstas en plano de igualdad. En la actualidad, como es sabido, la posible opción inicial de la madre a favor del disfrute por el padre de una parte del descanso, queda, faltando la compulsión legislativa, en papel mojado, resultando la mujer la destinataria fáctica exclusiva de todas aquéllas disposiciones, pese a los grandes cambios operados en la letra de la norma.