

Doble en Grado ADE y Derecho

Curso 2020/2021

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Un paso más hacia la corresponsabilidad mediante la reforma de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento introducida por el RD-Ley 6/2019

Trabajo realizado por Nerea Iturregi Rojo

Dirigido por Olga Fotinopulos Basurco

Bilbao, a 13 de febrero de 2021



Resumen

El presente Trabajo de Fin de Grado analiza detalladamente el contenido de la nueva regulación relativa a la suspensión del contrato laboral por nacimiento de hijos, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento introducida por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Dada la desigualdad que sufren las mujeres en el ámbito laboral, el objetivo de este análisis es determinar si esta nueva regulación contribuye de manera efectiva a alcanzar una corresponsabilidad real entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares. Así, la reforma debe valorarse positivamente, ya que supone una oportunidad de avanzar en el reparto de las responsabilidades de cuidado, no obstante, adolece de varias dificultades prácticas de aplicación que se examinarán a lo largo del trabajo.

Índice

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONFLICTO TRABAJO Y FAMILIA: EL DEBATE ENTRE LA CONCILIACIÓN Y LA CORRESPONSABILIDAD	5
3. RECORRIDO HISTÓRICO Y ANTECEDENTES DEL RD-LEY 6/2019 POR LO QUE RESPECTA A LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD/ PATERNIDAD PRIMERO Y NACIMIENTO DESPUÉS	10
3.1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA MIRADA “PATERNALISTA” DE LA NORMATIVA ESTATAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MATERNIDAD DURANTE GRAN PARTE DEL SIGLO XX	10
3.2. EL IMPACTO DE LA NORMATIVA DE LA UE SOBRE LA EVOLUCIÓN OPERADA EN ESPAÑA CON RESPECTO A LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD	11
3.3. RD-LEY 6/2019: NUEVO INTENTO PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DE LA IGUALDAD DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN	18
4. ANÁLISIS DEL RD-LEY 6/2019 POR LO QUE RESPECTA A LAS SUSENSIONES DE CONTRATO POR NACIMIENTO, ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO	22
4.1. SUPUESTOS PROTEGIDOS	25
4.2. TITULARES DEL DERECHO	26
4.2.1. <i>Nacimientos biológicos</i>	26
4.2.2. <i>Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento</i>	29
4.3. PERIODO DE DISFRUTE	30
4.3.1. <i>Individualidad e intransferibilidad</i>	32
4.3.2. <i>Obligatoriedad</i>	33
4.3.3. <i>Simultaneidad</i>	35
4.3.4. <i>Posibilidad de fraccionamiento</i>	37
4.4. SUPUESTOS ESPECIALES	40
4.5. RÉGIMEN DE TRANSITORIEDAD	41
4.5.1. <i>Nacimientos biológicos</i>	42
4.5.2. <i>Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento</i>	44
5. IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2019/1158 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL	45
6. CONCLUSIONES	48
7. BIBLIOGRAFÍA	51

1. Introducción

El tema elegido para la realización de este Trabajo de Fin de Grado es el análisis de la “nueva” regulación otorgada a la suspensión del contrato laboral por nacimiento de hijos, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento contenida en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores¹ (en adelante ET) y desarrollada en los artículos 48.4 a 48.6 del mismo cuerpo normativo, que fueron modificados mediante el Real Decreto-Ley 6/2019², de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Como se sabe, la finalidad de la nueva regulación es la de equiparar la duración de las suspensiones de los contratos en estos supuestos para ambos progenitores, pretendiendo así fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares.

La elección de este tema, entre los muchos posibles, se debe al gran interés social y la repercusión mediática que ha generado la citada reforma, máxime porque se trata de una materia que afecta de manera significativa a la vida de las personas trabajadoras en momentos tan cruciales como los que la norma regula. Es evidente que la maternidad está directamente relacionada con los problemas de las mujeres para acceder al ámbito laboral y progresar en sus carreras profesionales (Perán, 2019). Dado que los cuidados han recaído en su mayor parte sobre las mujeres, somos nosotras quienes mayoritariamente interrumpimos la vida laboral para dedicar tiempo al cuidado del menor. Esa interrupción normalmente coincide con un momento laboral crucial donde la proyección profesional de la mujer está despegando, lo que perjudica su promoción profesional. Por ésta u otras razones, el análisis de esta institución es tan interesante, dado que no la podemos desligar de una apuesta política encaminada a alcanzar el objetivo de la corresponsabilidad en los cuidados cuando se introduce un derecho individual, obligatorio e intransferible que equipara las situaciones de

¹ BOE núm. 244, de 24 de octubre de 2015. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

² BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/6>

ambos progenitores. Asimismo, es una reforma que ha suscitado el interés académico, tanto por haber alterado sustancialmente el régimen jurídico de la suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, como por el importante tratamiento en volumen y profundidad que ha tenido dentro del RD-Ley 6/2019. En efecto, a pesar de que la doctrina (entre otros, Gorelli, 2019b; Molina, 2020 y Cordero, 2019) considera que se trata de una norma que supone un importante paso en materia de corresponsabilidad, la reforma no está exenta de debate, tanto por el envoltorio jurídico utilizado para llevarla a cabo, como por la calidad técnica de la misma. Como es lógico pensar, razones de espacio nos impiden analizar y profundizar sobre otras cuestiones igual de interesantes sobre las que también incide el RD-Ley 6/2019, tales como la introducción de medidas para erradicar la discriminación retributiva o la reforma operada sobre los planes de igualdad que reformaron el art. 28 del ET y el art. 46.6 de la LOI³ (Ley orgánica de igualdad 3/2007) y que han sido objeto de desarrollo reciente a través de los RD 902/2020⁴, sobre igualdad retributiva entre hombres y mujeres y RD 901/2020⁵, de 13 de octubre, sobre planes de igualdad, respectivamente⁶.

Expuestas estas consideraciones generales, el objetivo del presente trabajo es, como señalo, estudiar el régimen laboral de la nueva regulación sobre suspensión por nacimiento de hijos, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento; para posteriormente analizar si ésta contribuye de manera efectiva a los objetivos perseguidos por la misma. El trabajo pretende, asimismo, examinar las dificultades prácticas que se generan a propósito de la aplicación esta regulación.

³ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con>

⁴ BOE-A-2020-12215 núm. 272, de 14 de octubre de 2020. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/10/13/902/con>

⁵ BOE-A-2020-12214 núm. 272, de 14 de octubre de 2020. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/10/13/901/con>

⁶ O también modificaciones en la regulación sobre el derecho de adaptación de la jornada de trabajo y/o el permiso parental para el cuidado del lactante.

Para ello, en el primer epígrafe se realiza una aproximación al conflicto del trabajo y la familia desde el punto de vista de la corresponsabilidad, siendo este el eje central sobre el que se va a construir el resto del trabajo. Posteriormente, se realiza un recorrido histórico de los antecedentes normativos comunitarios y estatales, y de la jurisprudencia anterior al RD-Ley 6/2019 más relevante recaída sobre esta materia. Establecidas ambas premisas, a continuación en el epígrafe central de este trabajo se analiza el contenido de la reforma operada sobre las disposiciones estatutarias objeto de estudio, analizando detalladamente todas las modificaciones introducidas por la nueva norma, y estudiando la efectividad de la reforma y las dificultades prácticas de su aplicación. Por último, se presentan las conclusiones obtenidas durante la realización del trabajo.

2. Conflicto trabajo y familia: el debate entre la conciliación y la corresponsabilidad

Las mujeres se incorporaron masivamente al mercado laboral en la segunda mitad del siglo XX (López Aniorte, 2018). Tradicionalmente, eran ellas las que mayoritariamente trabajaban en el hogar y los hombres quienes realizaban el trabajo remunerado fuera de aquel. Lo lógico hubiese sido que, con la incorporación de las mujeres al mercado laboral, la situación se hubiese revertido y hubiese aumentado el tiempo que dedican los hombres al cuidado (Rodríguez, 2019). Sin embargo, esto no ha ocurrido y tal y como advierte la Organización Internacional del Trabajo en un informe reciente, en la actualidad, las mujeres dedican 4 horas y 25 minutos al día al trabajo no remunerado de cuidados, mientras que los hombres solamente dedican 1 hora y 23 minutos⁷, lo que demuestra que los cuidados siguen estando feminizados y que la mayor carga de responsabilidades familiares sigue recayendo sobre nosotras.

⁷ Informe Organización Internacional del Trabajo (2019), *Un paso decisivo hacia la igualdad de género: En pos de un mejor futuro del trabajo para todos*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_725969.pdf (accedido última vez el 19 de enero de 2021).

Y es que, a pesar de los avances normativos y culturales de las últimas décadas, tal y como explica Torns (2011), en el imaginario colectivo de la sociedad sigue prevaleciendo la idea de que el hombre es el principal proveedor de ingresos, mientras que la mujer ocupa la posición de cuidadora. Esto es, para los padres el cuidado de los menores sigue teniendo un carácter opcional y secundario, mientras que para las madres se considera una labor natural, inherente y consustancial a su condición femenina (López-Ibor et al., 2008; López Aniorte, 2018). Ciertamente, a pesar de que en los últimos años los hombres hayan visto ampliados sus derechos de conciliación, siguen siendo las mujeres las que hacen un mayor uso de los permisos y de otros derechos, por lo que esas interrupciones, a la larga, terminan perjudicando sus carreras profesionales. Esa desigualdad provoca que las mujeres sufran situaciones de discriminación en el ámbito laboral, tales como: la imposición de una doble jornada (laboral y familiar), una menor tasa de actividad, una mayor temporalidad de los contratos, el carácter feminizado del trabajo a tiempo parcial, la discriminación retributiva o las resistencias empresariales para contratar mujeres que suponen en algunos casos discriminaciones en el acceso al empleo (Perán, 2019; Rodríguez, 2019; Gorelli, 2019a). Y ésta es solo una parte de una realidad mucho más compleja, ya que hay cuestiones, como puede ser la invisibilización del trabajo no remunerado o la invisibilización del trabajo remunerado realizado por mujeres en sectores masculinizados, que los indicadores no reflejan o que se reflejan en una pequeña proporción.

Desde que accedieron al mercado laboral, las políticas y normas de conciliación laboral y familiar han estado dirigidas durante mucho tiempo hacia las mujeres trabajadoras. Estas normas tenían un enfoque paternalista y estaban repletas de prejuicios sexistas, ya que consideraban que las mujeres eran sujetos inmaduros y débiles que requerían una especial protección, similar a la de los menores, y que estaban en una posición de subordinación respecto de los hombres (Fernández, García, y López Balaguer, 2019; López-Ibor et al., 2008). De esta manera, las políticas de conciliación corrían el riesgo de perpetuar las connotaciones de género de las tareas de cuidado y la asunción por parte de las mujeres de la mayoría del trabajo no remunerado (Ballester, 2011).

Desde la perspectiva anotada, es visible que las medidas que mayoritariamente se han ido progresivamente adoptando en relación con esta materia han tenido por objeto hacer posible la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal de las personas trabajadoras, entendida ésta – la conciliación – como una serie de medidas dirigidas a facilitar que la persona trabajadora coordine el tiempo de trabajo con el tiempo dedicado a las responsabilidades familiares (Gorelli, 2019a). Dado que los cuidados están feminizados, las medidas de conciliación han estado dirigidas a proteger a las mujeres, otorgándoles una serie de derechos (como el permiso de maternidad o lactancia) que se les negaban a los hombres o se les otorgaban en menor calidad. A pesar de que puedan parecer medidas positivas, las políticas de conciliación han afectado negativamente al principio igualitario, ayudando a perpetuar los roles de género y a reforzar esquemas sociales predominantes, como la idea de que los hombres tiene un papel secundario en los cuidados y las mujeres tienen más responsabilidades ligadas al cuidado de la familia y a la realización del trabajo doméstico (Fernández et al., 2019).

Ahora bien, teniendo en cuenta que el enfoque de las políticas y medidas de conciliación se centran mayoritariamente en las mujeres, no son pocas las voces que han considerado oportuno superar el concepto de la “conciliación” a través de la inclusión del término de corresponsabilidad. Así, respecto de la corresponsabilidad, Gorelli (2019a) señala que el objetivo de ésta última es el mismo que el de la conciliación, esto es, compatibilizar responsabilidades personales con el trabajo, pero que se trata de una palabra más inclusiva y ambiciosa, ya que en este caso, se quiere impulsar que esas responsabilidades sean asumidas también por los hombres, mediante un reparto equitativo de las mismas. Así pues, la corresponsabilidad es un concepto que nace de la conciliación, pero va un paso más allá y tiene como objetivo eliminar la brecha de género de los cuidados para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Y para ello es imprescindible cuestionar el esquema tradicional del trabajo no remunerado en las sociedades contemporáneas e impulsar que los hombres asuman roles y funciones que tradicionalmente se han considerado femeninos (Gorelli, 2019b).

Por su parte, la posición de Ballester (2011) es más ambiciosa, dado que considera que se tiende a simplificar en exceso el alcance del término corresponsabilidad, y que el mismo

debería involucrar a más sujetos, más allá de la implicación masculina en el cuidado. En primer lugar, a todos los miembros de la unidad familiar, impulsando un reparto equitativo de responsabilidades. En segundo lugar, a la empresa, haciendo que permita una correcta gestión del tiempo de trabajo que garantice el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad. Y por último, a toda la sociedad, promoviendo una normativa dirigida a asegurar la corresponsabilidad de la unidad familiar (por ejemplo, estableciendo permisos parentales) y de la empresa (por ejemplo, posibilitando o facilitando los derechos de adaptación de la jornada).

En este contexto general, se ha de señalar desde el punto de vista normativo, que si bien la Constitución Española (en adelante, CE) no reconoce expresamente el derecho a la corresponsabilidad, la doctrina laboral viene defendiendo su carácter constitucional. En efecto, Perán (2019) y Gorelli (2019a) manifiestan, entre otros, que los principios de conciliación y corresponsabilidad encuentran fundamento constitucional en distintos artículos de la CE. En primer lugar, en el art. 14 CE, que reconoce el derecho a la igualdad, el cual está directamente relacionado con la corresponsabilidad; en segundo lugar en el art. 9.2 CE, que exige a los poderes públicos promover principio de igualdad efectiva; en el art. 39 CE que establece como principio inspirador de las políticas públicas la protección de la familia e hijos menores, los cuales están en el centro de las necesidades de conciliar responsabilidades profesionales y familia y, por último, en el art. 41 CE, que exige un régimen de Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones sociales en caso de necesidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de dicha dimensión constitucional. En primer lugar, en la STC 3/2007, de 15 de enero, reconoció la vinculación del derecho a la conciliación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE y con el principio rector de la protección de la familia del art. 39 CE⁸. En segundo lugar, en la STC 26/2011 el Tribunal consideró que la conciliación era un bien jurídico constitucionalmente protegido y sostuvo que “(...) la dimensión constitucional de

⁸ FJ n°6 STC 3/2007.

las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y la infancia (art. 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”⁹. Por lo tanto, de la jurisprudencia del TC se desprende que la corresponsabilidad y conciliación tienen una dimensión constitucional directamente relacionada con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, y con la protección de la familia y la infancia¹⁰.

Para terminar, Fernández et al. (2019) enumeran las características que debe tener un sistema de conciliación adecuado. A pesar de que estos autores se refieran a la conciliación, sus conclusiones son trasladables al concepto de corresponsabilidad, ya que ambos conceptos se refieren a una misma problemática. En primer lugar, debe tener en cuenta, por un lado, los intereses del trabajador de compatibilizar trabajo y familia; y por otro, los intereses organizativos y de producción del empresario. Además, debe ser accesible, para facilitar el uso y disfrute de los derechos; y garantista, para que proteja su utilización ante decisiones del empresario que dificulten su uso. Asimismo, debe respetar los derechos con relevancia constitucional relacionados con el principio de corresponsabilidad anteriormente mencionados. Por último, tiene que ser igualitario, sin que establezca diferencias no justificadas en función del sexo de los progenitores, de su estado civil o del tipo de familia.

A estos efectos, y una vez sentadas las premisas conceptuales sobre las que nos vamos a mover en el presente trabajo, es necesario subrayar que en epígrafes posteriores se analizará si el sistema del RD-Ley 6/2019 y, en concreto, si la nueva suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado del menor que equipara los permisos de maternidad y paternidad y

⁹ FJ nº6 STC 26/2011.

¹⁰ Existen Sentencias más recientes en esta materia, como la STC 111/2018, en la que el TC reconoce la relación entre la corresponsabilidad de cuidados exigible a los progenitores y el art. 39.3 CE, o la STC 75/2011, que vincula las medidas de conciliación con el objetivo de eliminar la discriminación por razón de sexo.

elimina la transferibilidad de los mismos, logra superar la noción de conciliación y, en consecuencia, favorecer la corresponsabilidad.

3. Recorrido histórico y antecedentes del RD-Ley 6/2019 por lo que respecta a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad/paternidad primero y nacimiento después

3.1. Breves consideraciones sobre la mirada “paternalista” de la normativa estatal en materia de protección de maternidad durante gran parte del siglo XX

La normativa en materia de protección de maternidad tiene su origen a principios del siglo XX, tras la Revolución Industrial, en el momento en el que las mujeres se incorporan masivamente al mercado laboral (Martínez, 2018). En esta época, las mujeres son consideradas “medias fuerzas”, de igual modo que los menores, de tal manera que los Estados tratan de salvaguardar la salud de las trabajadoras mediante normas tuitivas que perpetúan el estereotipo de la inferioridad femenina (Lousada, 2013). En España, dada la preocupación por la baja natalidad y por las peligrosas condiciones de trabajo de las madres trabajadoras y sus hijos en las fábricas, se promulga la Ley de 13 de marzo de 1900, reguladora del trabajo de las mujeres y los niños en los establecimientos industriales y mercantiles. Esta ley contempla por primera vez una suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo tras el parto, pero no garantiza ninguna prestación económica para ese período de descanso (Martínez, 2018). Al no contemplar ningún tipo de cobertura económica para las trabajadoras, éstas no podían permitirse dejar de trabajar, y por esa razón, la tasa de incumplimiento de la medida fue elevada y la norma no fue efectiva (Lousada, 2013).

Posteriormente, durante el régimen franquista, se dictan una serie de normas de enfoque “paternalista” encaminadas a mantener un modelo social y cultural que gira en torno al dominio del hombre de la esfera pública, y la relegación de la mujer al ámbito privado de la familia (López-Ibor et al., 2008). En este contexto, las mujeres son consideradas sujetos débiles e inmaduros, que se encuentran en una situación de subordinación respecto de los

hombres, y que son merecedoras de una tutela especial por su específica “condición femenina” (López Aniorte, 2018). Esta creencia se ve reflejada en las disposiciones que prohíben a las mujeres realizar determinadas actividades consideradas peligrosas¹¹, como, por ejemplo: el trabajo nocturno, en minas o en espectáculos taurinos (Martínez, 2018). Esa pretendida protección característica del franquismo, favoreció el mantenimiento de los roles de género que fomentaban que las mujeres siguiesen cumpliendo con su doble función social: la del trabajo reproductivo y la de las tareas de cuidado. De esta forma, en los cuarenta años de régimen dictatorial, el legislador no se preocupó por la igualdad de trato ni por la discriminación que sufrían las mujeres en el ámbito laboral (López Aniorte, 2018).

Esta visión paternalista empieza a desaparecer en el periodo democrático, cuando España se convierte en Estado miembro de la Unión Europea y se promulgan una serie de normas de protección de la maternidad que comienzan a contemplar la igualdad entre mujeres y hombres. La normativa interna sobre la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como otras materias relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres, es deudora fundamentalmente del desarrollo normativo operado en el ámbito de la de la UE. Ésta se ha ido completando progresivamente gracias al impacto de la jurisprudencia comunitaria dictada por el TJUE y, con distintos vaivenes, al que ha tenido la doctrina constitucional en el tiempo. A continuación, analizaremos todos estos elementos para explicar cómo la progresiva eliminación de ese “paternalismo” ha traído consigo una gradual equiparación de los derechos de las mujeres y hombres en esta materia.

3.2. El impacto de la normativa de la UE sobre la evolución operada en España con respecto a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad

Superado el periodo dictatorial y ya entrados en la época democrática, la CE reconoce el principio de igualdad de trato y establece la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 1, 9, 14, 35), y se promulga el ET de 1980. En este momento, el legislador interno,

¹¹ Decreto de 26 de agosto de 1957 del Ministerio de Trabajo sobre trabajos prohibidos a las mujeres.

consciente de la evolución de la normativa internacional y comunitaria, comienza a adoptar una serie de normas encaminadas a avanzar en el camino de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral (Fernández et al., 2019).

La evolución y el desarrollo de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad a nivel comunitario comienza antes de que España se incorporase a la Unión Europea. La igualdad entre mujeres y hombres se encuentra en el núcleo de la normativa comunitaria, recogida en el Tratado de la Unión Europea (preámbulo, arts. 2, 3.3 y 21 TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 8 y 153.1.i TFUE). La primera vez que la Unión Europea hace referencia a los derechos de conciliación es en el Primer Programa de Acción Social aprobado por la Comisión Europea en 1974, en el que se vinculan directamente estos derechos con la igualdad entre mujeres y hombres. Como analizaremos más adelante, esta tendencia cambia en los años 90, cuando se empiezan a promulgar las normas de carácter obligatorio y comienzan a separar el denominado permiso parental de las cuestiones de género (Lousada, 2019b).

Respecto a la jurisprudencia, la sentencia más importante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante esta primera fase fue la dictada a propósito del asunto Hofmann (STJUE de 12 de julio de 1984, C-184/83). En este caso, el TJUE admitió que la atribución a una trabajadora de un alargamiento del descanso del permiso de maternidad tuviera titularidad exclusivamente femenina. El tribunal de Luxemburgo argumentó que el alargamiento no suponía discriminación por razón de género¹², porque la situación de maternidad, además de tener como presupuesto la salud de la madre, también permitía establecer beneficios específicos para proteger las “especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto”¹³. Esta postura fue criticada por la

¹² Apartado nº 25, STJUE de 12 de julio de 1984.

¹³ Recientemente, el TJUE ha mantenido esta misma idea del asunto Hofmann en la STJUE de 18 de noviembre de 2020, C-463/19, argumentando que el “permiso de maternidad tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto” (apartado nº52). No obstante, a día de hoy, el TJUE considera que la “especial relación madre-hijo” por sí sola no es suficiente para justificar la exclusión de los padres de un periodo adicional, sino que es necesario que los permisos adicionales de las mujeres estén destinados a proteger la maternidad y la condición biológica de las mujeres.

doctrina, ya que perpetuaba el estereotipo de la responsabilidad de los cuidados a cargo de las mujeres (Lousada, 2019c). El punto de inflexión entre esta doctrina jurisprudencial y la que surge a partir de los noventa es la que se produce a propósito del caso Dekker (STJUE de 8 de noviembre de 1990, C-177-1988). En este caso, el TJUE apreció discriminación directa por razón de género en un caso en el que se había dado el trato desigual por razón de embarazo. No obstante, tal y como expone Lousada (2019c) la normativa comunitaria y la jurisprudencia del TJUE han ido evolucionando en la dirección de separar los derechos de conciliación de cualquier tipo de cuestión de género o política antidiscriminatoria (Ballester, 2010).

A nivel estatal, la primera ley destacable es la Ley 3/1989¹⁴, de 3 de marzo, promulgada a raíz del Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la Maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965. Esta ley tiene como finalidad impulsar los derechos de igualdad y en ella se empiezan a ver los inicios de un modelo de corresponsabilidad (Lousada, 2013). Mediante la misma se amplía a 16 semanas la duración del descanso del permiso por maternidad, se fija la obligatoriedad del disfrute de las seis semanas posteriores al parto y se establecen una serie de medidas a favor de la igualdad de trato de la mujer en el ámbito laboral. A partir de esta ley, el hombre empieza a ser beneficiario de algunos derechos y a compartir parte de los permisos con la mujer.

En segundo lugar, la siguiente ley destacable es la Ley 39/1999¹⁵ de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Esta es una norma que aumenta los derechos de conciliación y trata de impulsar el disfrute indistinto de los mismos, dado que permite que la madre ceda al otro progenitor hasta diez semanas del permiso de maternidad. A pesar de que la Ley 39/1999 es la primera que hace referencia expresa a la conciliación, tal y como crítica Ballester (2010), más allá de la referencia al término, desde el punto de vista del significado real de la palabra, no supone un cambio real

¹⁴ BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/1989/03/03/3>.

¹⁵ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/11/05/39/con>

en términos de efectividad y perpetúa el esquema desigual de reparto de responsabilidades. De acuerdo con Lousada (2013), la mayor crítica que se le puede hacer a esta norma es que no contempla auténticos mecanismos de corresponsabilidad y que no se aborda el tratamiento unitario de los derechos de conciliación. Por ello, siguieron siendo las mujeres las que mayoritariamente disfrutaban de los derechos de conciliación (Cordero, 2019). Por su parte, Molina (2020) considera que esta ley fue relevante, no por su éxito en alcanzar un objetivo de corresponsabilidad e igualdad, sino por haber orientado el camino de las normas que vinieron después.

Mediante la ley 39/1999 se transponen a derecho interno las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, de 3 de junio. La primera de ellas contempla medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Esta norma comunitaria introdujo el permiso de maternidad retribuido por un tiempo mínimo de 14 semanas para la trabajadora en situación de embarazo, de las cuales solo dos eran de disfrute obligatorio. El caso Hofmann justificó que esta directiva estableciese un tiempo de disfrute exclusivo de la madre más allá del tiempo necesario por razones sanitarias¹⁶. La segunda, de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES mediante el mecanismo del diálogo social de los agentes sociales europeos, prevé el permiso parental de titularidad individual con una duración mínima de tres meses y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Esta directiva es la primera que empieza a abandonar el paternalismo y considera que la protección no surge del hecho de ser mujer, sino del embarazo, del parto o de la lactancia, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (Lousada, 2013). Lo que ocurre es que el eje central de esta directiva no era la igualdad entre mujeres y hombres, ya que obviaba las referencias a las cuestiones de género, y eso llevó a la generalidad de sus disposiciones y la escasa obligatoriedad de las mismas. Esto se ve reflejado jurisprudencialmente en el caso

¹⁶ La Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que el disfrute obligatorio posterior al parto debe ser de 6 semanas para una correcta recuperación de la madre.

Österreichischer, (STJUE de 8 de junio de 2004, C-220/02). En este caso el TJUE no apreció que hubiese discriminación indirecta por razón de género en la no consideración, a efectos de antigüedad, por lo que respecta al tiempo transcurrido en excedencia por cuidado de menores. Lo que ocurría es que Austria, que era el Estado que planteó la cuestión prejudicial, sí reconocía la contabilización de esa antigüedad en el caso de una excedencia similar en el servicio militar, que en ese momento era obligatorio solo para hombres¹⁷.

La directiva 96/34/CE fue posteriormente modificada en dos ocasiones. La primera, por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, que aplica el Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental de 18 de junio de 2009, celebrado entre Business Europe, UEAPME, CEEP y CES, cuyas reformas dan un paso más allá en el camino de la igualdad, pero su contenido obligatorio era todavía insuficiente (Lousada, 2019b). Esta directiva amplió la duración mínima del permiso parental a 4 meses, y estableció que uno de ellos sería intransferible. La intransferibilidad fue adoptada bajo la premisa de que el carácter intransferible de una parte del permiso favorece que los hombres utilicen el derecho y se involucren más en las responsabilidades familiares (Cordero, 2019). Por su parte, Ballester (2010) opina que esta directiva sigue sin alcanzar las expectativas de una verdadera normativa efectiva sobre conciliación/corresponsabilidad. Pero destaca que hace referencia a la vinculación entre el género y las cuestiones de conciliación, a pesar de que se hagan en la parte no obligatoria o de acompañamiento del texto. La segunda de las modificaciones se ha producido a través de la adopción de la reciente Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, a la que haré referencia más adelante. A partir de esta última directiva de 2019, la doctrina observa un sutil cambio, ya que se incorporan referencias a la discriminación por razón de género y se empieza a promover la intransferibilidad de algunos derechos, que tiene el objetivo de un modelo de reparto de responsabilidades familiares más equitativo (Ballester, 2010). Se aprecia una vuelta a la primera tendencia de relacionar estas cuestiones con la discriminación por razón género.

¹⁷ En el derecho interno se ha dado una situación similar. Mientras se ha venido reconociendo el servicio militar masculino, no ha ocurrido lo mismo con los servicios de la sección femenina. Recientemente, el Tribunal Supremo (STS 338/2020, de 6 de febrero de 2020), a la luz de lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, ha reconocido el derecho de las mujeres a computar el tiempo en el Servicio Social femenino del franquismo, a efectos del cómputo para acceder a la jubilación.

Este cambio o más bien vuelta a los inicios, se evidencia en el caso Roca Álvarez (STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09), que supone un nuevo punto de inflexión en la jurisprudencia del TJUE. En este caso, el TJUE consideró que, el derecho de lactancia, que era un derecho que se configuraba con titularidad prioritariamente femenina, constituía una discriminación por razón de sexo que perpetuaba estereotipos y roles de cuidado. El tribunal señaló que la diferencia en la regulación no estaba justificada por razones biológicas (por el hecho de que la mujer pueda amamantar y el hombre no), ya que hace tiempo que se había desvinculado el derecho de lactancia de las necesidades estrictamente alimenticias, uniéndolo más al cuidado del recién nacido. En efecto, el tribunal apuntó que una atribución exclusiva o mayoritariamente femenina de los derechos de conciliación, haciendo ver que las mujeres eran las titulares “naturales” de estos derechos, producía el resultado de perpetuar los roles de cuidado a cargo de las mujeres y mantener a los hombres en un segundo plano en el ejercicio de la función parental¹⁸ (Ballester, 2011 y Gorelli 2019a). Con este rotundo pronunciamiento, el tribunal de Luxemburgo introduce la perspectiva de desvincular el cuidado con el sexo femenino, y se distancia del Caso Hofmann. No obstante, Ballester (2010) teme que esta perspectiva no se pueda extrapolar al permiso de maternidad, y únicamente sea aplicable a otros permisos parentales como el de lactancia.

El TJUE ha seguido esta línea jurisprudencial en diferentes pronunciamientos. En primer lugar, en el caso Zentralbretriesbsrat (STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08), el tribunal entendió que el ejercicio de los derechos de cuidado o conciliación no podía perjudicar los derechos laborales de las mujeres trabajadoras. Por otro lado, en el asunto Riezniece (STJUE de 20 de junio de 2013, C-7/12) se determinó que el trato peyorativo hacia las personas trabajadoras que hacían uso de los derechos de conciliación, que eran mayoritariamente mujeres, podía ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo, si el juez interno comprobaba la mayor afectación femenina. En la misma línea se pronunció el TJUE en el asunto Maïstrellis (STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14). En este caso, de acuerdo con el estatuto del personal judicial griego, las juezas tenían derecho incondicional a un permiso después del nacimiento o adopción, pero los jueces solo podrían

¹⁸ Apartado nº 36 de la STJUE de 30 de septiembre de 2010.

disfrutar de ese derecho si la esposa ejercía una actividad profesional. El tribunal de Luxemburgo consideró que la normativa griega era contraria al derecho comunitario y que perpetuaba roles de género que atribuyen a las trabajadoras los cuidados no remunerado. En resumen, a partir de estos asuntos, el TJUE ha optado por considerar que puede existir discriminación indirecta por razón de sexo en los casos en los que se dé un perjuicio por ejercer los derechos de conciliación. No obstante, aclara que esa conexión no es automática y el TJUE exige que se tiene que probar la mayor afectación femenina de la medida en cuestión. Tal y como señala Ballester (2019b) esto supone un problema, y es que, bajo este planteamiento solo se va a poder apreciar discriminación indirecta por razón de sexo en medidas que tengan una dimensión colectiva (norma, convenio o práctica empresarial colectiva), porque solo en esos casos se puede probar el presupuesto de la mayor afectación femenina que exige el tribunal. La autora considera que probar esa mayor afectación femenina en los casos individuales, en los que es difícil que exista un conjunto de personas afectadas, es muy complicado.

Volviendo a la normativa interna, con una distancia de 8 años con respecto a la Ley 39/1999, se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI), que afecta a distintos ámbitos del ordenamiento jurídico y tiene tanto preceptos de naturaleza orgánica, como de naturaleza ordinaria. En atención a la materia que nos ocupa, desarrolla específicamente el principio de igualdad en el ámbito laboral. Mediante esta ley se incorporan al ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, 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 y la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La LOI incluye una serie de medidas encaminadas a favorecer la incorporación y permanencia de las mujeres en el mercado laboral, entre las que se encuentran las medidas de conciliación de vida laboral y familiar (Fernández et al., 2019). Además, fue la primera

que introdujo un permiso de paternidad individual e intransferible, tanto para los casos de nacimiento biológico como para los de adopción y acogimiento. La LOI transpuso a estos efectos la Directiva 96/34/CE, pero en vez de fijar el permiso en cuatro semanas como establecía la norma comunitaria, el legislador optó, de forma transitoria, por establecer una duración de 13 días. La ampliación a cuatro semanas estaba prevista para 2011, pero la Ley de Presupuestos de 2011 suspendió la extensión del permiso, como medida de reducción de gasto, y no fue hasta el 1 de enero de 2017, diez años después de que se promulgara la LOI, cuando finalmente se hizo efectiva la medida y los padres empezaron a disfrutar de una suspensión de 4 semanas. Esta demora para hacer efectivo el permiso de cuatro semanas es criticable, y demuestra que las políticas de igualdad y corresponsabilidad se consideran un gasto innecesario y prescindible en épocas de crisis (Ballester, 2011). En definitiva, a pesar de que la LOI fue una ley pionera por la creación de un permiso de paternidad independiente del de maternidad, en la práctica, seguía teniendo una efectividad limitada. El modelo propuesto perpetuaba los roles de género, ya que relegaba al hombre a un plano secundario en las tareas de cuidado del menor, por lo que seguía estando lejos de alcanzar los objetivos de igualdad real y corresponsabilidad pretendidos (Ballester, 2019a y Perán, 2019).

3.3. RD-Ley 6/2019: nuevo intento para garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Desde la adopción de la LOI en el año 2007 hasta la adopción en marzo del 2019 del RD-Ley 6/2019, no se han producido alteraciones normativas sustanciales con respecto a la materia que aquí se trata, sin perjuicio de los intentos que en forma de proposiciones de Ley habían venido realizando los actuales socios de Gobierno durante los tres últimos años¹⁹ y

¹⁹ Así, pueden destacarse: la Proposición de ley para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres presentada en el Congreso el 24 de octubre de 2017 (BOCG de 10 de noviembre de 2017) por el grupo confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG 11 de diciembre de 2018); la Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva presentada el 27 de febrero de 2018 (BOCG de 2 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista; la Proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación presentada el 7 de marzo de 2018 (BOCG de 16 de marzo de 2018) por el Grupo Socialista. Admitida a trámite y con enmiendas presentadas y publicadas (BOCG de 17 de enero de 2019); la Proposición de ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado

que luego han sido acogidas parcialmente en esta norma con rango de Ley, esto es, incluyendo solo aquellas que cabe considerar menos comprometidas (Ballester 2019a).

Por lo que respecta a esta norma y, sin perjuicio de realizar más adelante una valoración en profundidad sobre la regulación relativa a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, acogimiento, etc. que aquella recoge, conviene tener presente que esta norma nace poco después de la STC 111/2018, de 17 de octubre²⁰ o, si se prefiere como “reacción” o “avanzadilla” con respecto a la doctrina del TC en el supuesto de hecho que el pronunciamiento resuelve²¹. Pues bien, en este caso, un trabajador y la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA) interpusieron un recurso de amparo al TC contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 30 de junio de 2017, desestimatoria del recurso de suplicación presentado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 30 de Madrid de 22 de diciembre de 2016, que a su vez también desestimaba la demanda de prestación de la Seguridad Social que solicitaba el trabajador contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Lo que el trabajador había solicitado ante el INSS era la equiparación de su permiso de paternidad al de maternidad, de tal forma que se le aplicara el periodo de 16 semanas, y no el de 13 días que en principio le correspondía, según la normativa vigente en el momento de nacimiento de su hijo. En la demanda de amparo se señalaba que esa denegación de la equiparación del permiso discriminaba a los hombres y vulneraba el derecho

y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento presentada el 3 de mayo de 2018 (BOCG de 7 de mayo de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem; y, por último, la Proposición de ley de tiempo de trabajo corresponsable presentada el 13 de noviembre de 2018 (BOCG de 16 de noviembre de 2018) por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Marea-En Comú Podem.

²⁰ La doctrina del TC sobre esta materia es abundante, tanto con carácter previo a la sentencia del 2018, como es el caso, entre otras de la STC 109/1993, de 25 de marzo, mediante la cual se reconoce la reducción de jornada por lactancia únicamente a la mujer trabajadora; la STC 75/2011, de 19 de mayo, en la que se establece que para tener derecho el padre a la prestación por maternidad es necesario que la madre (titular originaria del derecho) sea trabajadora por cuenta ajena y que dictaminó que la maternidad, el embarazo y el parto eran realidades biológicas únicas de las mujeres, y que la protección de estas no suponía una discriminación para el hombre (ni para la mujer); y la STC 152/2011, de 29 de septiembre, que estableció que la denegación de la cesión al padre del permiso de maternidad cuando la madre no estaba incluida en algún régimen de la Seguridad Social que tuviera prevista esta contingencia era constitucional; como con posterioridad a la supra mencionada: la STC 117/2018, de 29 de octubre, que también desestima la equiparación de la prestación de paternidad con la prestación por maternidad; la STC 138/2018, de 17 de diciembre, de igual fundamentación jurídica y fallo que la anterior y STC 2/2019, de 14 de enero, similar a las dos anteriores.

²¹ Según Lousada (2019b), el desarrollo legislativo ha tomado la delantera a la doctrina constitucional.

a la igualdad ante la ley y la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), que estaba directamente relacionado con el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 39 CE).

En esta ocasión, el Tribunal constitucional desestimó el recurso de amparo, al considerar que la duración inferior del permiso de paternidad en comparación con el de maternidad no era contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo²². Así, el Alto Tribunal valoró que el permiso de paternidad y el de maternidad no eran situaciones comparables, dado que cada uno de los permisos tenía un fundamento distinto. Por un lado, en el caso del permiso de maternidad, el fundamento era la protección de la salud de la madre y las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto. Por otro, el permiso de paternidad obedecía a una finalidad diferente, la de la conciliación de la vida familiar y laboral y el fomento de la corresponsabilidad, contribuyendo a un reparto más equitativo de las responsabilidades de cuidado del menor. El TC estimó que para que se dé discriminación es necesaria, en primer lugar, una diferencia de trato entre colectivos (padres y madres) y, además, que las situaciones que se comparan sean homogéneas y equiparables (misma finalidad de los permisos). A ojos del Tribunal, como las situaciones no eran asimilables, la duración desigual del permiso estaba justificada y no vulneraba el art. 14 de la CE. No obstante, el TC reconoció la posibilidad de equiparar ambos permisos, pero consideró que esta era una tarea del legislador²³, no un efecto directo del principio constitucional de igualdad y no discriminación.

La STC 111/2018 cuenta con un interesante y fundamentado voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que emplea el género como categoría de análisis jurídico (García, 2019). En el mismo, adopta un punto de vista radicalmente distinto al de la sentencia y considera que el TC está equivocado en su análisis, ya que deja fuera del mismo una realidad mucho más compleja que la que se presenta en su argumentación. A su juicio, esta era una oportunidad excepcional, que el Alto Tribunal no ha sido capaz de

²² FJ n°7 STC 111/2018.

²³ FJ n°8 STC 111/2018.

aprovechar, para analizar el impacto de las medidas garantistas de la maternidad en el marco de las dificultades de las mujeres en el mundo laboral. La magistrada comparte con el TC la opinión de que, efectivamente, la naturaleza del permiso de paternidad no es la protección de la maternidad en lo que respecta al aspecto biológico del permiso de maternidad, pero apunta que esa no es la única finalidad del mismo. En realidad, el permiso de maternidad tiene dos finalidades distintas; en primer lugar, la que señala el Alto Tribunal de la protección de la salud de la mujer y sus especiales relaciones con el neonato; y, en segundo lugar, la conciliación de la vida familiar y laboral.

Asimismo, Balaguer opina que el TC no ha sido capaz de ver que la configuración desigual de la duración de los permisos refuerza la vinculación de las mujeres a los cuidados, y ello supone discriminación indirecta para las mujeres. A pesar de que las medidas de protección de la maternidad se presenten como garantías para las mujeres que están dentro del mercado laboral, muchas veces perpetúan la discriminación que sufren (mayor temporalidad, brecha salarial, dificultades de ascenso, etc.²⁴), y ello afecta directamente al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el mercado laboral (arts. 14 y 35.1 CE). Por lo tanto, considera que la duración inferior del permiso de paternidad debe estimarse contraria a la igualdad de trato, así como contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Por último, subraya que como la diferencia de duración está basada en el sexo y éste se trata de una de las categorías incluidas en el art. 14 CE, el Tribunal Constitucional debería haber identificado el bien constitucional protegido y valorado si la diferencia de duración realmente tenía un encaje constitucional. En resumen, Balaguer apunta que “un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan”²⁵.

En pocas palabras, la jurisprudencia anterior al RD-Ley 6/2019 ha considerado que la maternidad es un motivo que puede justificar el trato normativo diferenciado entre sexos. El

²⁴ FJ n°5 del voto particular de la STC 111/2018.

²⁵ FJ n°5 del voto particular de la STC 111/2018.

TC ha englobado dentro del concepto de la maternidad el embarazo, parto, puerperio y la lactancia, sin diferenciar estrictamente las normas relacionadas con la protección de la maternidad biológica, que son las que podrían justificar el establecimiento de derechos exclusivos para la mujer sin que sea discriminatorio²⁶, y aquellas más relacionadas con la conciliación y encaminadas a un objetivo de corresponsabilidad, que son las que, en principio, no deberían discriminar por sexo (López Aniorte, 2018).

4. Análisis del RD-Ley 6/2019 por lo que respecta a las suspensiones de contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

La reciente adopción del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, que nace como una especie de actualización de la LOI, tiene por finalidad hacer efectiva la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. La propia norma señala, en su exposición de motivos, que los antecedentes normativos no han sido capaces de garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades, y que, por ello, es necesario un nuevo modelo de igualdad integral y transversal en materia de empleo y ocupación (Fabregat, 2019). La medida más relevante introducida por el Real-Decreto Ley 6/2019²⁷, y la que más se ha desarrollado en volumen y detalle, es la equiparación de ambos progenitores de la suspensión del contrato laboral por nacimiento de hijos, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento a las 16 semanas, que es la que analizaremos en profundidad a continuación. En este punto, es preciso señalar que las suspensiones de contrato se van a analizar desde la perspectiva del régimen laboral, a pesar de que existe una correlación con las prestaciones de la seguridad social²⁸. Además, como las modificaciones introducidas por el RD-Ley 6/2019

²⁶ SSTC 109/1993 FJ n°4 y 75/2011 FJ n°7.

²⁷ Arts. 2, 3, 4, 7 y disposición adicional única.

²⁸ La suspensión del contrato por nacimiento supone la pérdida del salario, y por ello existe una prestación del sistema de la Seguridad Social que lo sustituye, regulada en los art. 177 y ss. de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). El RD-Ley 6/2019 ha modificado la LGSS, sustituyendo las prestaciones por maternidad y paternidad por una única prestación que ampara las dos situaciones protegidas. El ordenamiento español garantiza la percepción de un subsidio que equivale al 100 % de la base reguladora del salario de la persona trabajadora. El art. 178 LGSS establece que los requisitos que deben cumplir los beneficiarios de la prestación son los siguientes: “podrán percibir el subsidio económico por nacimiento y cuidado de menor los trabajadores, con independencia de su sexo, que disfruten de los periodos de suspensión, siempre que, además de estar en alta o situación asimilada al alta en el sistema, acrediten un período mínimo de cotización a la SS.

son muy similares en el caso de nacimiento y en el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, analizaré ambos casos conjuntamente, teniendo en cuenta las diferencias entre ambas realidades.

Este RD-Ley es una norma que suscita opiniones contradictorias: por un lado, la doctrina valora positivamente que sea una norma encaminada a fomentar el uso corresponsable de los derechos de conciliación, pero por otro, destaca que se trata de una norma técnicamente mejorable e insuficiente en cuanto a contenido, que no logra alcanzar la reforma integral y transversal pretendida (Fernández et al., 2019 y Molina, 2020). Por su parte, Ballester (2019a) considera que la norma no alcanza las expectativas que crea en el preámbulo, y que, muy probablemente, no será capaz de garantizar la efectividad de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que persigue.

De este modo, la doctrina cuestiona el envoltorio jurídico de la norma, su calidad técnica y el cambio de nombre de la suspensión de contrato. En primer lugar, en lo que respecta a la utilización de la figura del Real Decreto-Ley, numerosos juristas han cuestionado la concurrencia en el RD-Ley 6/2019 de la extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 de la CE como presupuesto para utilizar este envoltorio jurídico (Pastor, 2019). La norma, en su preámbulo establece que la necesidad de este RD-Ley está justificada porque “la mitad de la población está sufriendo una fuerte discriminación y está viendo afectados sus derechos fundamentales”. Debe valorarse positivamente que la desigualdad laboral entre mujeres y hombres sea considerada una “materia urgente”, sin embargo, resulta difícil justificar la extraordinaria y urgente necesidad imperativa para la utilización de esta figura, ya que la discriminación laboral que sufren las mujeres no es un fenómeno reciente (Ballester, 2019a). Por su parte, Molina (2020) tampoco cree que el RD-Ley sea el marco apropiado y critica que no se haya producido el debate parlamentario de la reforma, cuando ya existían numerosas proposiciones de ley sobre la misma materia. Por último, Lousada (2019a)

Dado que se establece una prestación para cada uno de los progenitores de carácter intransferible, cada uno de ellos deberá reunir los requisitos para poder percibir la prestación”.

considera que unas medidas tan necesarias como las que incluye esta norma no deberían haberse aprobado por medio de un envoltorio jurídico tan cuestionable y señala que su utilización es una contradicción jurídica. El magistrado añade que estas medidas deben someterse al debate parlamentario e incorporarse a una ley formal con el apoyo de la mayoría de los partidos políticos. En resumen, la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas que exige la utilización del RD-Ley no está debidamente justificada, por lo que no se debería haber utilizado esta figura para aprobar unas reformas tan importantes.

En segundo lugar, la doctrina también cuestiona la calidad técnica de la norma. A pesar de todas las iniciativas legislativas planteadas y las expectativas creadas, el RD-Ley deja al lector con una sensación de desesperanza, porque da la impresión de que la preocupación del ejecutivo por la efectividad de la norma no es verdadera (Ballester, 2019a). En la misma línea, Gorelli (2019b) considera que la norma tiene una escasa calidad técnica que puede llevar a dificultades de interpretación, y que ello se podrían haber evitado con una elaboración más minuciosa. Por su parte, Pastor (2019) también señala que la falta de debate y preparación parlamentaria, y el no haber tenido en cuenta los anteriores trabajos parlamentarios, ha hecho que la norma tenga una cuestionable calidad técnica. Por último, Fernández et al. (2019) apuntan que, a pesar de que la norma aborda el tema de la utilización corresponsable de los derechos de conciliación, y eso debe valorarse positivamente, lo hace desde una mejorable calidad técnica y un contenido insuficiente.

Finalmente, la última crítica general que realiza la doctrina al RD-Ley 6/2019 es el cambio de nombre de la medida (de suspensión por maternidad y paternidad a suspensión por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento). Por una parte, en lo que respecta al lenguaje empleado, es cierto que debe valorarse positivamente la utilización del lenguaje no sexista en el texto, que hace referencia a la “persona trabajadora” en vez de al “trabajador”, menciona expresamente a los hijos e hijas y utiliza el término “nacimiento” para englobar a la maternidad y paternidad (Rojo, 2019). En ese sentido, la doctrina en la materia señala que el lenguaje que utiliza una sociedad indica el nivel de igualdad de género que ha alcanzado (Sánchez, 2016). Por lo tanto, modificando ciertas expresiones sexistas, se avanza en el objetivo de la plena igualdad entre mujeres y hombres y se consigue que el ciudadano rechace

determinadas expresiones discriminatorias. No obstante, el lenguaje en general y, en el Derecho en particular, no deja de ser una herramienta útil e imprescindible para designar situaciones diferenciadas.

En este caso, el RD-Ley 6/2019 ha eliminado las suspensiones por maternidad y paternidad para englobar ambas en una única suspensión por nacimiento. A pesar de que el cambio de nombre de la suspensión se ha realizado con un objetivo de corresponsabilidad, la doctrina critica que se podría haber mejorado el contenido del derecho en clave de corresponsabilidad sin necesidad de modificar la denominación antigua (Molina, 2020). Ballester (2019a) opina que, lejos de favorecer a la corresponsabilidad, el cambio de nombre, y la eliminación de la denominación de “permiso de paternidad”²⁹, es peligroso de cara a posteriores reformas que puedan llevar a cabo legisladores que no tengan las mismas convicciones que quienes aprobaron el RD-Ley 6/2019. Así, como no se ha reforzado el término “paternidad” puede que posteriores Gobiernos eliminen la intransferibilidad, argumentando que lo importante es el cuidado del menor, y no la cuestión corresponsabilizadora, y el “permiso por nacimiento” acabe siendo disfrutado en su totalidad por las madres. En cambio, si se hubiese mantenido la denominación precedente de suspensión del contrato por maternidad biológica y por paternidad, mejorando el contenido del segundo en clave de corresponsabilidad (Molina, 2020), eso no ocurriría y, así, se mantendría la protección de no discriminación de las madres trabajadoras. Además, tal y como señala Lousada (2019a) es muy poco probable que el uso social de “permiso de maternidad/paternidad” se vaya a cambiar, de hecho, los medios se han referido a una ampliación del “permiso de paternidad”, que como tal ya no existe en el ET.

4.1. Supuestos protegidos

El art. 45.1 ET reconoce como causas de suspensión del contrato de trabajo el “nacimiento, 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 mayores

²⁹ El resto de países de la UE mantienen la terminología de “permiso de paternidad” (Ballester, 2019a).

de seis años 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”. Por tanto los supuestos protegidos son:

- El nacimiento: se protegen el parto y el cuidado del menor de 12 meses.
- La adopción.
- La guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que su duración no sea inferior a un año. Además, tanto en estos casos como en la adopción, el menor tiene que ser menor de 6 años, o ser menor de edad y mayor de 6, pero discapacitado, o ser menor de edad pero mayor de 6 cuando por circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tenga especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditada por los servicios sociales competentes. En todo caso, para que se dé la situación protegida, el art. 2.3 del Real Decreto 295/2009³⁰ establece que el adoptado o acogido debe ser menor de dieciocho años.

Los arts. 48.4 y 48.5 ET, que han sido reformados por el RD-Ley 6/2019, desarrollan el derecho a la suspensión del contrato. Mediante esta reforma se sustituyen las antiguas suspensiones por maternidad y paternidad por una sola suspensión por nacimiento y cuidado del menor. Asimismo, se regulan las suspensiones de contrato referentes a la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento separadamente, ya que antes se regulaban unidos a los antiguos permisos de maternidad y paternidad, lo que permite clarificar su regulación.

4.2. Titulares del derecho

4.2.1. Nacimientos biológicos

En el caso de los nacimientos biológicos los titulares del derecho a la suspensión del contrato de dieciséis semanas son tanto la madre biológica, como el otro progenitor. Antes

³⁰ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/03/06/295/con>

del RD-Ley 6/2019, el derecho en los supuestos de maternidad biológica era de titularidad originaria de la madre, a pesar de que cabía la posibilidad de ceder una parte del derecho al otro progenitor, pero ahora es un derecho individual de cada progenitor (Fernández et al., 2019). En el caso de la madre biológica, el bien jurídico protegido es la protección de la salud. En ese sentido, y a pesar de que la norma no lo recoge expresamente, también se protegen las relaciones entre la madre y el hijo o hija (Molina, 2020).

En lo que respecta al otro progenitor, este concepto es más inclusivo que el de “paternidad”, ya que no da por hecho que la otra parte vaya a ser un hombre, e incluye a los distintos tipos de familias que existen en la sociedad actual. De esta manera, cuando la pareja esté formada por dos hombres homosexuales, deben acordar quién de los dos disfrutará del derecho de la madre biológica y quién del derecho del otro progenitor. En caso de que se trate de una pareja de mujeres homosexuales en la que una de ellas sea la madre biológica del recién nacido, ella disfrutará de la suspensión del contrato correspondiente a su condición y su pareja de la suspensión correspondiente al otro progenitor.

El bien jurídico protegido en el caso de este segundo titular es el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el art. 68 CC (art. 48.4 ET). La reforma reconfigura la suspensión del contrato del otro progenitor en torno al deber de compartir cargas, responsabilidades, cuidados y atención a los descendientes. Se puede criticar que se aluda al art. 68 CC, ya que se trata de un precepto relacionado con el matrimonio que se está extendiendo a cualquier pareja, aunque los progenitores no estén casados o formen una pareja de hecho. Además, este último caso puede resultar todavía más problemático, dado que la legislación en materia de uniones de parejas de hecho es autonómica, no estatal. Por su parte, Gorelli (2019b) señala que por la manera en la que está redactado el precepto, parece que únicamente el otro progenitor tiene esa obligación de cumplimiento de los deberes de cuidado del menor, y que este deber solo se da en las primeras seis semanas posteriores al parto, lo cual no es adecuado, ya que esa obligación se debe prolongar mucho más en el tiempo. Asimismo, Lousada (2019a) cuestiona si el incumplimiento del disfrute paterno, dentro del matrimonio, supone el incumplimiento de los deberes matrimoniales y señala que no hay

ninguna sanción prevista para el caso afirmativo. Además, también pone en duda que el art. 68 CC se pueda aplicar en caso de que los progenitores no estén casados.

En relación con la titularidad del derecho, podemos señalar varios problemas de los que adolece la norma. En primer lugar, el RD-Ley 6/2019 no hace ninguna referencia a las familias monoparentales y no prevé la ampliación del periodo de suspensión en esos casos. Cuando el menor tiene dos progenitores, el tiempo de cuidado puede alcanzar hasta las 32 semanas, pero en el caso de que solo tenga uno, este periodo se reduce a 16. Esta hubiese sido una buena oportunidad para introducir algún régimen que ampliase la duración en los casos de las familias monoparentales y velar por el interés superior del menor que solo tiene un progenitor.

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante, TSJPV) en la STSJ PV 396/2020 ha reconocido el derecho a una madre monoparental a disfrutar de 24 semanas de suspensión contractual por nacimiento y cuidado de hijo. La parte actora, una madre monoparental, argumentó que el RD-Ley 6/2019 discrimina al menor al dar un trato desigual a las familias biparentales frente a las monoparentales. Mientras que las primeras disfrutaban, de acuerdo con la normativa aplicable en 2019, de un periodo de 24 semanas (16 de la madre y 8 del otro progenitor), las segundas solo tenían derecho a disfrutar de un periodo de 16 semanas. La Sala de lo Social del TSJPV ha considerado que esa diferencia es discriminatoria para las familias monoparentales, y para las familias monoparentales constituidas por mujeres indirectamente, dado que la mayoría de progenitores monoparentales son mujeres³¹. Como esa discriminación (si se prefiere indirecta) contraviene el principio de igualdad del art. 14 de la CE, la Sala de lo Social del TSJPV ha estimado el recurso, declarando el derecho de la madre monoparental a disfrutar de 8 semanas adicionales de prestación por nacimiento y cuidado de hijo. La sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

³¹ En 2019 las familias monoparentales en las que el progenitor era varón eran 357.900 (suponen únicamente el 19%), y en las que era mujer 1.530.600 (81%). Fuente: INE.

En segundo lugar, y sin entrar en el debate ético y jurídico sobre el tema, puesto que no es mi intención abordar esta materia, otro problema de aplicación de la norma es que tampoco contempla lo que ocurre en los casos de maternidad subrogada. El ordenamiento jurídico español prohíbe la gestación subrogada, dado que el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida³², establece que son nulos de pleno derecho los contratos por los que se acuerde la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna, ya sea con o sin precio. A pesar de que en España esta práctica esté prohibida, hay países en los que la gestación subrogada es legal, y han surgido controversias cuando una pareja ha acudido al extranjero para hacer uso de ésta y, al volver, han pretendido que el negocio despliegue efectos jurídicos en España (Fernández et al., 2019). En lo que respecta a la materia laboral, el debate está en si se debe o no reconocer el derecho a la suspensión de contrato por nacimiento a las personas que engendren un hijo mediante esta técnica. Existen diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto. Por un lado, algunos tribunales han considerado que no se puede reconocer este derecho, dado que una situación prohibida no puede generar efectos jurídicos³³. Por el contrario, existen pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo que, señalando que debe prevalecer el interés superior del menor, han reconocido el derecho de las personas subrogantes a la protección de maternidad³⁴.

4.2.2. Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

En el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ya sean nacionales o internacionales, cada adoptante, guardador o acogedor es titular del derecho a la suspensión del contrato por un periodo de dieciséis semanas, desde la resolución judicial o decisión administrativa correspondiente. Ese derecho es individual e intransferible de cada persona trabajadora, igual que en el caso del nacimiento biológico. Además, un mismo menor en ningún caso puede dar derecho a varios periodos de suspensión para la misma persona

³² BOE núm. 124, de 27 de mayo de 2006. Disponible: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

³³ STSJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014, rec.748/2014 y STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2015, rec.473/2015.

³⁴ STS de 25 de octubre de 2016 Sala de lo Social, Recurso de Casación 3818/2015 y STS de 16 de noviembre de 2016, Sala de lo Social, Recurso de Casación 3146/2014.

trabajadora. Esto es, si un titular ya ha disfrutado de una suspensión por guarda con fines de adopción o acogimiento, luego no puede beneficiarse de otro por adopción.

4.3. Periodo de disfrute

El art. 48.4 del ET dispone que el nacimiento del menor, que comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses, suspende el contrato de trabajo durante 16 semanas, de las cuales las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de descanso obligatorio, y a jornada completa, tanto para la madre biológica como para el otro progenitor. En el caso de la adopción, guarda o acogimiento (art. 48.5 ET), se establece la misma duración, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento. En ambos casos, las diez semanas restantes no obligatorias se pueden disfrutar a jornada completa o parcial y cabe la posibilidad del disfrute fraccionado en periodos semanales, hasta que el menor cumpla doce meses. Más adelante en este apartado se analizará cada una de estas características de la suspensión del contrato, señalando en cada caso los posibles puntos problemáticos de la nueva regulación.

La reforma del periodo de disfrute adolece de un problema de aplicación, que en la práctica puede generar controversias. Con la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, desaparece el permiso de paternidad de 2 días por nacimiento que anteriormente reconocía el art. 37.3 ET. No obstante, este permiso sigue estando previsto en los convenios colectivos, incluso ampliando el permiso con respecto de lo que establecía el ET. Ante esta situación, una persona trabajadora puede verse ante la interrogante de si puede seguir disfrutando del permiso por nacimiento previsto en su convenio colectivo (CC), esto es, de si éste es compatible con la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor. Recientemente, la Audiencia Nacional (AN) en la Sentencia 22/2020 de 21 de febrero, ha aclarado que la supresión del permiso retribuido por nacimiento por el RD-Ley 6/2019 no implica la derogación de los permisos de los convenios colectivos que mejorasen el permiso retribuido. El tribunal ha señalado que, de acuerdo con el art. 3.3 ET, los conflictos originados entre dos o más normas laborales, como son el ET y un CC, se deben resolver a favor del

interés de la persona trabajadora apreciado en su conjunto³⁵. Por lo tanto, los convenios colectivos pueden crear los permisos que consideren necesario, y se entiende que estos se disfrutarán una vez finalizada la suspensión del contrato por nacimiento del otro progenitor prevista en el ET. A pesar de que la AN se haya pronunciado sobre la materia, el RD-Ley 6/2019 debería haber previsto esta posibilidad, señalando la conclusión a la que posteriormente ha llegado este tribunal u otra distinta.

A grandes rasgos, la doctrina valora positivamente la equiparación de la duración de la suspensión de contrato de 16 semanas para ambos progenitores, como avance en materia de igualdad y corresponsabilidad (Gorelli, 2019b; Molina, 2020; Cordero, 2019, entre muchos otros). Frente a la doctrina mayoritaria, hay quienes opinan que, en los casos de nacimiento biológico, la duración de la suspensión del contrato del padre es excesivamente larga, señalando que son los permisos exclusivos y remunerados al 100% más largos de Europa, mientras que el tiempo de suspensión del contrato de la madre biológica es el más corto de la UE junto con Malta (Merino y Razquin, 2019). A pesar de las peticiones de colectivos de mujeres por alargar la duración de la suspensión del contrato de la madre biológica hasta los seis meses³⁶, y no verse obligadas, en caso de querer alimentar al recién nacido mediante lactancia materna exclusiva, a hacer uso de una excedencia laboral para poder amamantar al recién nacido, ésta no ha variado en los últimos 30 años. Mientras tanto, la duración de la suspensión de los hombres (u otros progenitores, en su caso) se ha igualado al de ellas en tan solo 14 años, sin que se haya producido una demanda colectiva o lucha activa por su parte para alcanzar dicho objetivo. No obstante, a pesar de que comparto las peticiones de alargar el periodo de suspensión de la madre biológica hasta los seis meses, considero que no deja de ser positivo para el objetivo de cuidado corresponsable y el reparto de responsabilidades en el trabajo no remunerado, que ambos progenitores, sin dar por hecho de vayan a ser una pareja heterosexual, puedan disfrutar de la misma duración.

³⁵ Fundamento de Derecho nº 3 2.I de la SAN 22/2020, de 21 de febrero.

³⁶ La OMS recomienda 6 meses de lactancia materna exclusiva para los recién nacidos.

4.3.1. Individualidad e intransferibilidad

En primer lugar, el derecho a la suspensión del contrato por nacimiento es un derecho individual e intransferible de cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Así, si alguno de los dos progenitores decide no disfrutar de las diez semanas de carácter no obligatorio, no puede cedérselas al otro y las “pierde”. Esto incentiva que ambos progenitores disfruten de las 16 semanas a las que tienen derecho, lo que contribuye a conseguir el objetivo del cuidado corresponsable. La OIT (2019) señala que cuando el derecho se configura como un derecho individual obligatorio e intransferible, los hombres se benefician en mayor medida del mismo, lo que favorece a la corresponsabilidad. Con anterioridad a la reforma, existía la posibilidad de que la madre cediese parte de su permiso, de las diez semanas de libre disposición, al otro progenitor. Diversos autores señalan que esta era una particularidad del sistema español que favorecía la corresponsabilidad y que podría seguir teniendo esa función de reparto de las responsabilidades de cuidado (Ballester, 2019a; Molina, 2020 y Adroher y Halty, 2019).

En general, la doctrina valora positivamente la individualidad e intransferibilidad del derecho y considera que son una expresión del principio de corresponsabilidad (Lousada, 2019a). Molina (2020) afirma que el fomento de los permisos igualitarios, individuales, intransferibles y obligatorios probablemente sea uno de los puntos más positivos de la reforma, y destaca que la corresponsabilidad real depende de este tipo de políticas encaminadas a equilibrar las cargas familiares y evitar la feminización de los cuidados. Por su parte, Cordero (2019) valora positivamente, además de la individualidad y la intransferibilidad, el hecho de que se haya ampliado la duración del derecho del otro progenitor, ya que opina que la escasa duración de la suspensión anterior a la reforma no ayudaba a fomentar el reparto equitativo de responsabilidades familiares. Esta autora señala que, si no se hubiese establecido la prohibición de transferir el derecho, seguiría siendo la mujer quien disfrutara del periodo más largo de suspensión, de acuerdo con los roles de género que dictan que somos nosotras quienes debemos ocuparnos del trabajo de cuidado no remunerado. En la misma línea, Perán (2019) destaca que la mayor desventaja laboral para

las mujeres es el desequilibrio en el reparto de las responsabilidades de cuidado, por lo que valora positivamente que la intransferibilidad “penalice” por igual a ambos progenitores.

No obstante, hay quienes contravienen la opinión mayoritaria y consideran que los permisos deberían ser transferibles, para que así las familias pudiesen organizar los tiempos como mejor les convenga. Merino y Razquin (2019) señalan que sería mejor establecer un modelo similar al sueco³⁷. Consideran que dar por hecho que son las mujeres las que van a terminar disfrutando de la mayoría del tiempo de la suspensión supone una visión muy paternalista. Personalmente, no comparto esta última opinión, y considero que el carácter intransferible (del hombre a la mujer) está justificado en la medida que evita los traspasos indeseables y la acumulación de permisos en uno de los progenitores, generalmente en la madre. Asimismo, opino que la intransferibilidad favorece un reparto homogéneo de las responsabilidades familiares y las tareas de cuidado. No obstante, sin perjuicio de que considero que se trata de una solución legal con una finalidad muy loable, creo que hubiese sido interesante haber mantenido la posibilidad de transferir parte del periodo en algunos supuestos, en los que por circunstancias mas o menos tasadas, los progenitores no pudiesen hacer uso de la totalidad de la suspensión.

4.3.2. Obligatoriedad

Respecto a la obligatoriedad de la suspensión, la medida se presenta como la única posibilidad para lograr la conciliación de la vida laboral y familiar corresponsable y la igualdad real entre hombres y mujeres en el reparto de responsabilidades familiares (Fernández et al., 2019). La nueva redacción emplea un modo verbal imperativo y dispone que el contrato se suspende con el nacimiento, por lo que la suspensión no es una posibilidad, sino un efecto inmediato del mismo. Sobre esta obligatoriedad existe el debate de si la misma contraviene el Derecho al trabajo constitucionalmente reconocido en el art. 35.1 CE. Personalmente, opino que ningún derecho de la CE es absoluto y que, en determinados casos, pueden entrar en conflicto unos con otros. En este caso, la obligatoriedad de esas seis

³⁷ La diferencia entre el sistema sueco y el español es que la duración de la suspensión es de más de un año, pero su régimen de disfrute también es diferente.

primeras semanas se formula para garantizar la ausencia de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), y se desprende directamente del mandato constitucional a los poderes públicos de promover condiciones que garanticen la igualdad (art. 9.2 CE). Por lo tanto, tras la finalidad aparentemente neutra de la obligatoriedad, se esconde la finalidad corresponsabilizadora, derivada de la desigualdad existente entre mujeres y hombres en el ámbito laboral (Ballester, 2019a). En definitiva, en la medida que la limitación se establece para proteger otros derechos previstos en la CE, opino que la obligatoriedad sí es compatible con el Derecho al trabajo³⁸.

En principio, esta nueva redacción favorece la corresponsabilidad, sin embargo, su plena eficacia es cuestionable dado que el legislador no ha previsto ninguna consecuencia o sanción en caso de que los trabajadores o el empresario incumplan esa obligatoriedad. Ballester (2019a) considera interesante la obligatoriedad de las seis semanas post parto o post resolución, pero señala que es complicado que la obligación se cumpla si se deja a voluntad del trabajador, dado que como no hay prevista ninguna sanción, el trabajador, ante la presión laboral, puede que decida no disfrutarlas o disfrutarlas solo en parte. Además, esta autora también señala que es probable que ahora más hombres disfruten de este derecho, no por su carácter obligatorio, sino porque la ampliación del mismo hace que valga la pena solicitarlo.

Por su parte, en el caso de los nacimientos biológicos, Molina (2020) critica que la obligatoriedad de las seis primeras semanas para el otro progenitor no tiene mucho sentido. Así como la obligatoriedad del periodo de la madre se fundamenta en cuestiones de salud, la autora señala que el otro progenitor podría disfrutar de su derecho al principio unos días para atender al menor y a la madre, y el resto en otro momento que no coincidiese. Este reparto permitiría cuidar del menor por un tiempo más prolongado, lo que beneficiaría al hijo o hija y supondría realmente una muestra de corresponsabilidad, aunque reconoce que resultaría complicado garantizar la efectividad de la propuesta. Cordero (2019) comparte la opinión

³⁸ De manera similar, el Tribunal Constitucional en la STC 12/2008, de 29 de enero, concluyó que la previsión legal de las cuotas electorales prevista por la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, era constitucional. El TC consideró que esta medida pretendía compensar la situación de desigualdad entre hombres y mujeres en el ámbito político, y estaba justificada en el art. 9.2 CE. Esta argumentación podría trasladarse del ámbito político, al ámbito laboral que nos ocupa.

anterior y considera que un periodo obligatorio más corto hubiese favorecido un disfrute total entre los dos progenitores de mayor duración, y en consecuencia, un periodo total del cuidado del menor más prolongado.

Frente a estos autores, se encuentran Adroher y Halty (2019), que se posicionan en contra de la obligatoriedad y defienden que la decisión de cómo conciliar se encuentra en el ámbito estrictamente privado de la estructura familiar, por lo que los poderes públicos únicamente deben “garantizar un marco de libertad para la adopción de esas decisiones”. No estoy de acuerdo con estas dos autoras, ya que considero que el problema es que las decisiones de conciliación o corresponsabilidad no se toman libremente, sino que están condicionadas por las estructuras patriarcales y los roles de género que se encuentran enraizados en lo más profundo de la sociedad. Siendo consciente de que, para que las personas sean corresponsables en el cuidado es necesario un cambio cultural, opino que el ámbito jurídico está íntimamente ligado al sociocultural, y que establecer un marco apropiado en la norma es el primer paso en esa dirección. En resumen, considero que, dado el contexto actual, si no se regulase la obligatoriedad y se diese “libertad” a las familias a la hora de conciliar, seguiríamos siendo nosotras quienes cuidan y soportan la carga de la conciliación.

4.3.3. Simultaneidad

La simultaneidad supone que los progenitores deben disfrutar de las seis primeras semanas al mismo tiempo, y que a partir de ese momento tienen derecho a decidir cómo disfrutar del tiempo restante. Tanto en los casos de nacimiento biológicos, como en el resto, el ejercicio de este derecho durante las últimas diez semanas se puede limitar cuando ambos progenitores trabajen para la misma empresa, ya que el art. 48.4 ET en su último párrafo dispone que la dirección de la misma “podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito”. Esta limitación debe ser excepcional y tiene que estar debidamente justificada, y además, la empresa no podrá establecer quién de los dos progenitores disfrutará del derecho en cada momento (Molina, 2020).

Por lo que se refiere a la simultaneidad en el disfrute de las seis primeras semanas, esta cuestión también ha sido objeto de debate. Por un lado, autores como Fernández et al. (2019) valoran positivamente la simultaneidad, dado que, a pesar de que hace que el cómputo total del periodo de cuidado sea menor (26 semanas en vez de 32, si se pudiesen disfrutar separadamente), consideran que permite que desde el primer momento ambos progenitores se involucren en el cuidado del menor. Además, en los supuestos de maternidad biológica la madre necesita un periodo de recuperación, y esta regulación permite que el otro progenitor se encargue más del cuidado del menor en este tiempo. Por el contrario, Molina (2020) señala que la simultaneidad no favorece la corresponsabilidad y que hubiese sido más adecuado, en los casos de nacimiento biológico, plantear un sistema en el que el otro progenitor disfrutase de unos días después del parto, para atender al menor y a la madre, y del resto en un periodo no coincidente con el de la madre. La autora opina que así se involucraría más al otro progenitor en el cuidado, y se evitaría que fuese un “mero colaborador o ayudante” de la madre. Además, ese sistema también beneficiaría al menor, dado que la duración total en el tiempo sería mayor.

En la misma línea, Cordero (2019) tampoco valora positivamente la obligatoriedad de disfrutar de seis semanas a continuación del parto, y considera que hubiese sido más adecuado incentivar un disfrute no simultáneo de mayor duración, para prolongar el periodo total de cuidado del menor. Apunta, inteligentemente, que una manera de incentivar ese disfrute no simultáneo sería conceder una semana adicional de suspensión del contrato a cada progenitor en caso de disfrutar de la totalidad del periodo. Respecto a los nacimientos no biológicos, Cordero (2019) señala que la simultaneidad obligatoria de las seis primeras semanas tras la resolución judicial o decisión administrativa no tiene demasiada lógica, ya que no responde a motivos biológicos. Añade que se debía haber previsto la opción de que uno de los dos progenitores pudiese disfrutar del periodo obligatorio más adelante, para así poder alargar más el tiempo total de cuidado.

Personalmente opino que, en el caso de los nacimientos biológicos, lo ideal sería que el otro progenitor disfrutase simultáneamente el tiempo imprescindible para la recuperación de

la madre biológica tras el parto (tiempo variable en función del caso concreto³⁹), y que a partir de ese momento ambos determinasen un reparto que prolongase el periodo total del cuidado del menor. La mayoría de los autores mencionados únicamente hacen referencia a la simultaneidad en el caso de los nacimientos biológicos, y creo que también es necesario hacer referencia a la simultaneidad en el resto de casos. En el caso de los nacimientos no biológicos, opino que la simultaneidad no tendría mucho sentido y lo que beneficiaría más al menor sería prolongar lo máximo posible el tiempo total de cuidado. Esto es, que cada adoptante, guardador o acogedor disfrutase separadamente de las 16 semanas que le corresponden, para así alargar el tiempo total de cuidado hasta las 32 semanas. No obstante, me parece muy complicado garantizar la efectividad de un sistema como este, en el que el nacimiento (biológico o no) únicamente suponga la suspensión automática para uno de los progenitores. Es por ello que considero que, probablemente, serían las mujeres las que disfrutasen del primer periodo de cuidado del menor, y bajo la excusa de la organización empresarial o cualquier otra inconveniencia, muchos padres dejarían de disfrutar de este derecho después de la madre.

4.3.4. Posibilidad de fraccionamiento

En lo que respecta a la posibilidad de disfrutar de manera interrumpida del periodo de suspensión, a partir de las seis primeras semanas obligatorias, todos los progenitores pueden disfrutar del resto del tiempo de manera continuada o interrumpida por semanas, y total o parcialmente (art. 48.4 ET). Para el caso de adopción, guarda y acogimiento también se prevé esa posibilidad de disfrute fraccionado (art. 48.5 ET).

Además, la madre biológica puede anticipar el ejercicio de este derecho hasta cuatro semanas antes de la fecha en la que está prevista al parto. Antes del RD-Ley 6/2019 la madre biológica podía adelantar el disfrute del periodo cuanto quisiera, siempre que respetase las seis semanas obligatorias posteriores al parto, pero esta opción se ha eliminado con la nueva

³⁹ La OMS señala que las 6 primeras semanas son las mínimas para la recuperación de la mujer tras el parto. Pero está medicamente probado que el cuerpo de la mujer no vuelve a su ser hasta transcurrido un año desde el parto.

norma. No obstante, esta posibilidad no era empleada frecuentemente, dado que en España, a diferencia de la práctica habitual en otros países como Francia, se recurría a la baja por Incapacidad Temporal (IT) y no a la suspensión por nacimiento. Así que lo más probable es que tras la reforma, esa posibilidad de adelantar cuatro semanas la suspensión del contrato no sea empleada por las madres y sigan haciendo uso de la baja por IT. Esta opción de anticipar el ejercicio del derecho no se le otorga al otro progenitor, pero hay quienes opinan que hubiese sido positivo hacerlo en caso de que éste se encontrase desplazado por razones laborales, para que así pudiese acompañar a la madre en el parto (Lousada, 2019a). Lo que argumenta el magistrado no tiene mucha trascendencia, dado que, a no ser de que se trate de un parto programado, la fecha del mismo no se conoce con anterioridad, generando en estas circunstancias incertidumbre y, sobre todo, la imposibilidad para el otro progenitor – cuando exista – de emplear esas semanas previas con posterioridad al nacimiento del menor.

Asimismo, en el caso de las adopciones internacionales, cuando sea necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, la norma también prevé, apropiadamente en mi opinión, que se pueda iniciar el periodo de suspensión hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

La posibilidad de fraccionar el periodo de suspensión supone un auténtico derecho subjetivo de las personas trabajadoras que permite a los progenitores organizar el ejercicio de la maternidad y paternidad (Perán, 2019). A pesar de que es el trabajador quien decide cómo hacer uso del derecho, el disfrute de cada periodo semanal o de la acumulación de dichos periodos debe comunicarse a la empresa con una antelación de 15 días, y la empresa puede limitarlo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas y por escrito, cuando ambos progenitores trabajen para la misma empresa. Molina (2020) considera que el disfrute interrumpido puede ser negativo tanto para la organización empresarial como para el rendimiento de la persona trabajadora. Además, opina que este sistema puede dificultar la desconexión de los progenitores, haciendo que eso repercuta en la calidad del cuidado del menor. Por su parte, Gorelli (2019b) señala que el plazo de preaviso tiene una duración excesiva si se compara con otros plazos similares, como el de preaviso para distribución irregular de la jornada, que es de cinco días, o el de la comunicación de desplazamiento.

Además, al tratarse de un sistema complejo, para que el mismo tuviese una efectividad real se debería haber establecido un sistema de control que contemplase la obligación de comunicar los periodos de disfrute a la Seguridad Social. Como el RD-Ley 6/2019 no lo contempla, hasta que se apruebe un sistema de control mediante desarrollo reglamentario, dada la dificultad de control por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la ausencia del mismo puede perjudicar a las personas trabajadoras (Lousada 2019a).

La mayor controversia en el caso de los nacimientos biológicos se encuentra en la posible incompatibilidad del fraccionamiento, en el caso de la madre, con la norma comunitaria que regula la protección en casos de embarazo, parto y puerperio. Numerosos juristas cuestionan si esas semanas de disfrute ininterrumpido pueden suponer un incumplimiento de la exigencia del art. 8.1 de la Directiva 92/85 del Consejo, de 19 de octubre de 1992, que establece que “Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

Ante esta disposición caben dos interpretaciones: por un lado, que el fraccionamiento contemplado en la norma interna supone una opción que no impide el disfrute continuado de la suspensión, mejorando así el régimen de la Directiva; o que, por el contrario, el carácter ininterrumpido que se establece en la norma comunitaria supone una garantía de obligatorio cumplimiento para asegurar el disfrute del derecho (Pastor, 2019). Fernández et al. (2019) también consideran que la posibilidad del disfrute interrumpido puede tener un encaje si se interpreta como una mejora de la regulación comunitaria. Por su parte, Ballester (2019a) apunta que a pesar de que se podría entender que no vulnera la Directiva porque el fraccionamiento es solo una posibilidad para la trabajadora, el RD-Ley 6/2019 puede hacer que se obligue a la trabajadora a volver antes de lo que quiere al trabajo, para repartir las semanas restantes a preferencia de la empresa. En ese sentido, la autora remarca que la garantía de carácter ininterrumpido que establece la directiva no es un requisito inútil y rígido, sino que se justifica en que la trabajadora no se vea obligada a renunciar al derecho. Añade que, dada la situación de precariedad laboral que viven las mujeres, y de la

estigmatización generalizada de las personas trabajadoras que hacen uso de los derechos de conciliación, no existe “libre elección” de la trabajadora que ampare la posibilidad de fraccionamiento.

Por último, Lousada (2019a) comparte la opinión de Ballester (2019a) y sostiene que, teniendo en cuenta la precarización general del mercado laboral español, y específica del mercado laboral de las mujeres, la pretendida libertad de las mujeres se puede convertir en el favorecimiento de las necesidades productivas de la empresa. Además, el magistrado asegura que en un contexto de relación desigual de poder, como el del ámbito laboral, la norma comunitaria lo que hace es garantizar los derechos de las madres trabajadoras. Adicionalmente, apunta que lo que realmente hubiese facilitado la autoorganización de los progenitores hubiese sido el permitir disfrutar interrumpidamente de las diez semanas, sin necesidad de tener que acordarlo con la empresa. Respecto a esta última idea, Lousada (2019a) se refiere a la empresa como si se tratase de una gran empresa, pero la realidad estructural en España es que la gran mayoría⁴⁰ son pequeñas y medianas empresas que pueden tener muchas dificultades si no se comunicaran los periodos con anterioridad.

4.4. Supuestos especiales

La norma contempla una serie de supuestos particulares en los que la duración de la suspensión del contrato varía.

- Parto múltiple. En caso de que el parto sea múltiple, en el art. 48.6 ET se establece una ampliación del periodo de descanso de dos semanas para cada progenitor, por cada hijo o hija distinta del primero.
- Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple. En este caso, el art. 48.6 ET también dispone que por cada menor distinto del primero, también se amplía el periodo de descanso dos semanas por cada menor, a distribuir una para cada adoptante, guardador o acogedor.

⁴⁰ En el año 2019 el 90% de las empresas españolas tenían menos de diez personas trabajadoras. Fuente: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

- Menor con discapacidad. En este caso, la duración también se amplía en dos semanas para cada progenitor (art. 48.6 ET). Lo mismo ocurre con cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores.
- Parto prematuro y hospitalización del menor. En caso de nacimiento prematuro con falta de peso y hospitalización superior a siete días, el periodo se amplía en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, siempre que no se supere el máximo de 13 semanas adicionales (art. 48.4 ET).
- Fallecimiento de menor. El fallecimiento del menor no implica la reducción del periodo de suspensión del contrato en los casos de nacimiento biológico. Sin distinguir entre la madre y el otro progenitor, se contempla que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, el progenitor puede solicitar la reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.4 ET). Esta previsión es muy importante en la práctica porque con anterioridad el otro progenitor dejaba de tener causa suspensiva por muerte o fallecimiento del menor⁴¹. Para los casos de adopción, guarda o acogimiento no se contempla explícitamente, pero la doctrina considera que, por analogía, es aplicable lo establecido en los casos de nacimiento (Molina, 2020).

4.5. Régimen de transitoriedad

A pesar de que la completa entrada en vigor ya se ha producido, el RD-Ley 6/2019 preveía un régimen de transitoriedad para equiparar el periodo de suspensión de contrato del otro progenitor al de la madre. En el caso de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor de la madre biológica, lo dispuesto en la norma es aplicable desde el 1 de abril de 2019 (disposición transitoria 13ª del ET y disposición final 2ª del RD-Ley 6/2019), pero en el caso del otro progenitor, el art. 48 ET no ha cobrado plena vigencia hasta el 1 de enero de 2021. Este régimen estaba previsto para ir ampliando progresivamente las semanas de la suspensión del progenitor distinto de la madre biológica, y distingue entre los supuestos de nacimiento y los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

⁴¹ Señalar que nuestro derecho sigue sin contemplar la situación de aborto durante la gestación, más allá de una posible suspensión por IT.

Respecto de este régimen de transitoriedad, existen una serie de dificultades de aplicación del sistema. En primer lugar, no se entiende que un sistema de desarrollo progresivo en el tiempo pueda estar incluido en una norma aprobada bajo la premisa de “extraordinaria y urgente necesidad” (Lousada, 2019a). Aunque en la práctica es poco probable que ocurra⁴², esta incongruencia podría haber llevado a que la norma hubiese sido anulada por el TC, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad. Y, en segundo lugar, el magistrado temía que se acabase aplazando la entrada en vigor de las ampliaciones de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor, teniendo en cuenta lo que ocurrió con la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas (Lousada, 2019a). No obstante, como señalo, la norma no ha sido anulada por el TC y su entrada en vigor tampoco se ha aplazado, ya que desde el día 1 de enero de 2021 las suspensiones de ambos progenitores están igualadas.

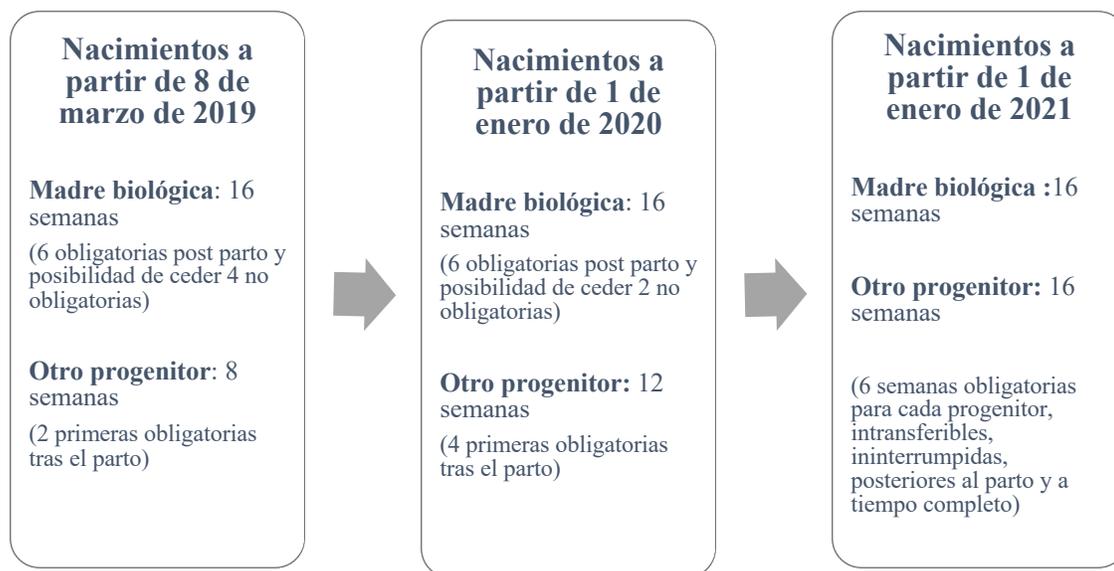
4.5.1. Nacimientos biológicos

En el caso de nacimiento biológico, a partir de la entrada en vigor del RD- Ley 6/2019 el 8 de marzo de 2019, el otro progenitor contaba con un periodo de suspensión de ocho semanas, de las cuales las dos primeras eran de obligatorio cumplimiento tras el parto de forma ininterrumpida. En este periodo, la madre biológica tenía derecho a disfrutar de 16 semanas y podía ceder al otro progenitor un periodo de hasta cuatro semanas del periodo no obligatorio. A partir del 1 de enero de 2020, el otro progenitor contaba con un periodo de suspensión de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras debía disfrutarlas obligatoriamente tras el parto ininterrumpidamente. En este momento la madre biológica podía ceder al otro progenitor hasta dos semanas.

Por último, a partir del 1 de enero de 2021 el RD-Ley 6/2019 ha entrado en vigor íntegramente y cada progenitor tiene derecho a disfrutar de las 16 semanas, teniendo en cuenta las seis de cumplimiento obligatorio tras el parto, y a partir de este momento ya no

⁴² Por los requisitos del recurso de inconstitucionalidad, es poco probable que una serie de partidos políticos decidan plantear un recurso de esta naturaleza, ya que la opinión pública los consideraría contrarios a la igualdad entre mujeres y hombres.

cabe ceder parte de la suspensión al otro progenitor. En resumen, se trata de un sistema que ha ido ampliando gradualmente el periodo de suspensión del otro progenitor hasta que, en 2021, se han igualado los periodos de ambos progenitores.



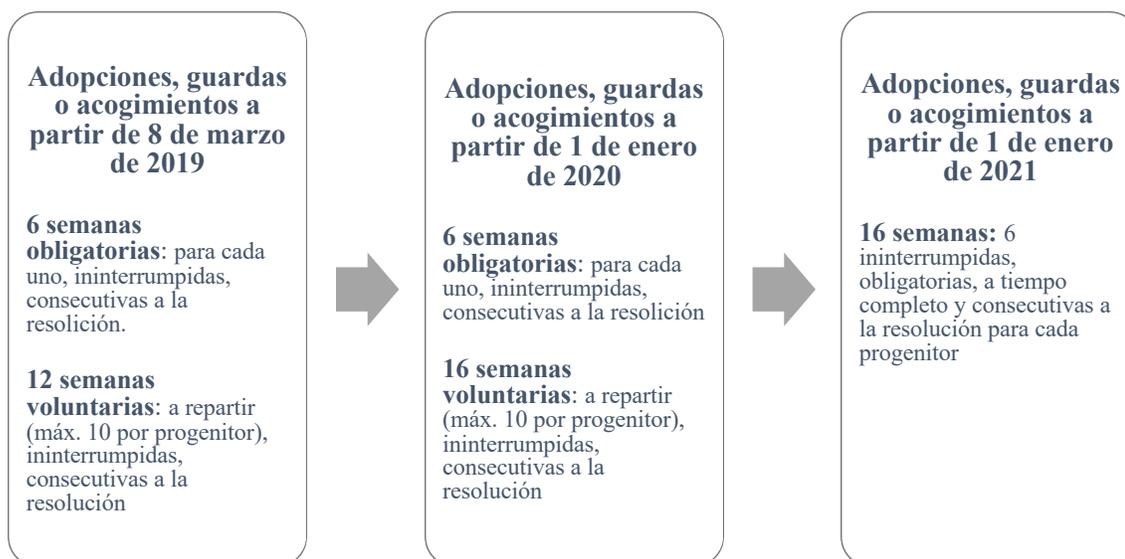
Fuente: elaboración propia a partir del RD-Ley 6/2019.

A pesar de que ya se ha producido la total equiparación de los periodos, debe señalarse que durante el periodo de transitoriedad la norma establecía una serie de precisiones para los siguientes casos. De esta forma, en caso de fallecimiento de la madre biológica, independientemente de si realizase algún trabajo o no, el otro progenitor tenía derecho a disfrutar de las 16 semanas que le correspondían. Por otro lado, si la madre cedía al otro progenitor parte del período, éste podría hacer uso del mismo aunque, en el momento previsto para la incorporación de la madre al trabajo, ésta se encontrase en situación de incapacidad temporal. La última precisión transitoria se refería al caso de que uno de los dos progenitores no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con arreglo a las normas que regulen dicha actividad, en cuyo caso el otro progenitor tendría derecho a suspender su contrato durante 16 semanas, sin que fuese posible aplicar las limitaciones del régimen transitorio.

4.5.2. Adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

El régimen transitorio previsto para la ampliación gradual de los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, hasta equiparar los permisos en el año 2021, presenta algunas diferencias respecto del anterior. A partir del 8 de marzo de 2019 a cada progenitor le correspondían seis semanas obligatorias e ininterrumpidas desde la resolución, y 12 voluntarias e ininterrumpidas a repartir entre ambos progenitores (máximo 10 por progenitor). A partir del 1 de enero de 2020, se mantenían las seis semanas obligatorias y las voluntarias aumentaban a 16 semanas a repartir entre ambos (máximo 10 por progenitor).

Por último, a partir del 1 de enero de 2021 cada progenitor tiene derecho a disfrutar de 16 semanas de suspensión de contrato, de las cuales seis deben ser ininterrumpidas, obligatorias, a tiempo completo y consecutivas a la resolución para cada uno de los beneficiarios. Ballester (2019a) critica que el régimen de transitoriedad para estos casos contraviene el objetivo de la intransferibilidad de la norma, ya que considera que, previsiblemente, hayan sido las mujeres las que hayan hecho un mayor uso de la bolsa de horas de libre distribución entre adoptantes.



Fuente: elaboración propia a partir del RD-Ley 6/2019.

5. Impacto de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en el derecho interno español

Con posterioridad a la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, se ha aprobado la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, que deroga la anterior Directiva 2010/18/UE del Consejo. Es por ello que resulta interesante estudiar el impacto que va a tener la transposición de esta Directiva al derecho interno. Los Estados miembros tienen de plazo hasta el 2 de agosto de 2022⁴³ para transponer lo establecido en la Directiva a sus ordenamientos internos. A los efectos de la trasposición de la regulación, Fernández Prieto (2020) señala que, el hecho de que cada Estado miembro tenga su propia configuración de protección y su propia denominación, ha hecho que no se les exijan modificaciones en las respectivas denominaciones. Asimismo, esta autora también destaca que ha sido la heterogeneidad de modelos lo que ha hecho que la Directiva no sea materialmente tan ambiciosa como podría haberlo sido.

Esta Directiva reconoce que la dificultad para conciliar obligaciones laborales y familiares y el desequilibrio en la asunción de las tareas de cuidado, contribuyen a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado laboral (Molina, 2020). En concreto, el art. 1 dispone que el objetivo de la misma es establecer “requisitos mínimos destinados a lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo” para facilitar la conciliación de responsabilidades. Lo más remarcable de la misma es que reconoce explícitamente la vinculación de la conciliación con la igualdad entre mujeres y hombres y la tutela antidiscriminatoria, algo que no ocurría desde el Primer Programa de Acción Social (Lousada, 2019b).

El primer cambio que llama la atención, respecto de las anteriores Directivas, es el cambio en el título de la nueva norma: de permisos parentales a conciliación de la vida

⁴³ Excepcionalmente, se prevé una *vacatio* de transposición hasta el 2 de agosto de 2024, para incorporar la remuneración de una parte del permiso parental.

familiar y la vida profesional (Fernández Prieto, 2020). No obstante, tal y como explica Ballester (2019b), el hecho de que se haya producido un cambio de nombre en la Directiva, no supone que se trate de una norma innovadora, ya que sigue siendo una directiva similar a sus predecesoras. Y es que, aunque conecte los derechos de conciliación con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, señalando que somos las mujeres las que asumimos mayoritariamente las tareas de cuidado y que eso dificulta nuestra tarea en el mercado laboral, la norma comunitaria evita reconocer expresamente que un trato peyorativo por ejercicio de derechos de conciliación constituya una discriminación por razón de sexo (Ballester, 2019b).

La norma comunitaria introduce una serie de novedades en el ámbito comunitario, que son, en general, menos ambiciosas que la regulación interna. En primer lugar, se regula por primera vez en el marco jurídico de la UE el permiso de paternidad y se configura como un derecho de titularidad exclusiva o preferentemente masculina. Anteriormente, no existía en la regulación comunitaria ningún permiso exclusivamente masculino, y este avance merece una valoración positiva (Fernández Prieto, 2020). La Directiva exige a los Estados miembros que aseguren un permiso de diez días laborables, a tiempo completo, desde el momento del nacimiento del hijo, con el objetivo de que este progenitor realice tareas de cuidado del recién nacido. A pesar de que se trate de un avance, si comparamos este permiso con el reconocido en el caso de la madre por la Directiva 92/85/CEE (catorce semanas, de las cuales dos son obligatorias), es claramente insuficiente. La regulación española actualmente es más amplia que la introducida por la nueva Directiva, por lo tanto, no va a ser necesario transponer este permiso de paternidad al ordenamiento interno.

Asimismo, la norma comunitaria también establece un permiso parental que se configura como un derecho individual e intransferible, con el objetivo de que los hombres asuman la corresponsabilidad del cuidado de menores. Más concretamente, establece que los Estados Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar un permiso parental para cada persona trabajadora de cuatro meses, a disfrutar hasta que el menor cumpla 8 años. Además los Estados deben asegurarse de que dos de esos cuatro meses se constituyen como intransferibles y remunerados. Actualmente, el sistema español no realiza un tratamiento diferenciado entre un permiso por maternidad, otro por paternidad y un último “permiso

parental”. Por consiguiente, el siguiente paso del legislador español va a ser transponer este permiso parental diferenciado, para adaptar el régimen interno a las exigencias de la normativa comunitaria.

Finalmente, las dos últimas novedades que introduce la Directiva son un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año por trabajador, para que las personas trabajadoras puedan prestar cuidado o ayuda personales a un familiar o a una persona con la que conviva y requiera asistencia importante, y fórmulas de trabajo flexible para trabajadores que sean progenitores o cuidadores. Ambas tendrán que ser transpuestas al ordenamiento español, junto con el permiso parental antes del 2 de agosto del 2022.

A pesar de las novedades introducidas, la Directiva es excesivamente laxa en diversos aspectos, ya que no hace referencia a las necesidades de algunas situaciones especialmente vulnerables, como pueden ser las de familias monoparentales, los nacimientos múltiples o prematuros, los menores con discapacidad, etc. En ese sentido, el RD-Ley 6/2019 que venimos analizando tiene un contenido más ambicioso, aunque también carece de ciertas insuficiencias como ocurre fundamentalmente con las familias monoparentales.

En definitiva, como se puede apreciar, el horizonte normativo en materia de conciliación y corresponsabilidad se ha visto ligeramente modificado por la Directiva 2019/1158, y el siguiente paso a nivel interno será abordar la transposición de las novedades de la misma. Debe tenerse en cuenta que el hecho de que el RD-Ley 6/2019 sea anterior a la Directiva ha impedido que se transpongan algunas materias, como por ejemplo, el permiso parental retribuido. Si bien ello es así, y sin perjuicio de su adaptación futura en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que la norma interna española es más ambiciosa que la comunitaria, por lo que podemos decir que la Directiva del año 2019 no va a suponer grandes cambios con respecto a la regulación actualmente vigente (Molina, 2020).

6. Conclusiones

Una vez se ha analizado el régimen laboral de la nueva regulación sobre las suspensiones de contrato por nacimiento de hijos, adopción y guarda con fines de adopción o acogimiento, queda valorar si ésta contribuye de manera efectiva a fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres. Tal y como se ha expuesto a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, son numerosas las normas y la jurisprudencia, tanto estatales como comunitarias, que han contribuido a la promulgación del RD-Ley 6/2019. Así, esta norma nace poco después de la STC 111/2018, de 17 de octubre, en la que el TC señaló que el legislador podía regular la equiparación de las suspensiones por nacimiento de ambos progenitores. Por su parte, es preciso señalar que el RD-Ley 6/2019 también es el resultado de la numerosa jurisprudencia comunitaria que ha ido dando forma a la legislación interna en materia de corresponsabilidad y ha jugado un papel importante en la evolución de la misma⁴⁴.

La valoración general de la nueva regulación es positiva, dado que se trata de una norma encaminada a fomentar el uso corresponsable de los derechos de conciliación y la asunción equitativa de responsabilidades familiares. En este sentido los aspectos más destacables serían la equiparación en la duración de las suspensiones correspondientes a ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores, la individualización del derecho de cada progenitor y su carácter retribuido. Asimismo, igualmente destacable es el uso no sexista del lenguaje empleado en la norma y la inclusión en la misma de los distintos tipos de familias que existen en la sociedad actual, alejándose de la heteronormatividad. Por otro lado, el carácter intransferible también merece una valoración positiva porque incentiva a ambos progenitores a disfrutar de la totalidad de su derecho. No obstante, opino que la norma debería haber contemplado determinados casos tasados en los que se pudiese transferir parte de la duración de la suspensión. Por último, considero que el establecimiento del periodo obligatorio de las seis semanas es una manera útil de corresponsabilizar a ambos progenitores en el cuidado.

⁴⁴ Sobre todo los asuntos Roca Álvarez (STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/09), Zentralbetriebsrat (STJUE de 22 de abril de 2010, C-486/08), Riezniece (STJUE de 20 de junio de 2013, C-7/12) y Maïstrellis (STJUE de 16 de julio de 2015, C-222/14).

Sin embargo, existen ciertos aspectos que son merecedores de crítica y que dificultan la consecución del objetivo que se plantea en el preámbulo del RD-Ley 6/2019. Uno de los aspectos más criticables de la reforma es el envoltorio jurídico utilizado para la aprobación de la misma, dado que se ha empleado el instrumento del Real Decreto - Ley sin que se haya justificado adecuadamente el requisito de “extraordinaria y urgente necesidad”, excluyendo el debate parlamentario que se hubiese dado de haberse aprobado con un carácter ordinario. Del mismo modo, otra de las mayores objeciones se encuentra en la calidad técnica de la norma, ya que se aprecia la ausencia de medidas de control o sancionadoras que aseguren el cumplimiento de la misma. En la misma línea, el cambio de nombre y el establecimiento de una única suspensión para ambos progenitores (frente a las anteriores suspensiones por maternidad y paternidad) parece haberse realizado sin contemplar cómo puede afectar éste a futuras reformas que no prioricen el objetivo de la corresponsabilidad. Por otra parte, existe una ausencia de regulación específica en materia de familias monoparentales, y esta hubiese sido una buena oportunidad para equiparar la duración total de tiempo de cuidado con las familias formadas por dos progenitores. Otro aspecto igualmente criticable es la rigidez de la simultaneidad de las seis primeras semanas que ha establecido el legislador para el otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor. Personalmente, yo soy partidaria de que, en el caso de los nacimientos biológicos y mientras se pueda garantizar la efectividad, el otro progenitor disfrute simultáneamente del tiempo imprescindible para la recuperación de la madre y se contemple la posibilidad de disfrutar del periodo obligatorio más adelante, en un periodo no coincidente. Finalmente, teniendo en cuenta las recomendaciones de la OMS, la última crítica se refiere a la necesidad de alargar los permisos atendiendo al interés del menor y a su derecho a un cuidado digno, por lo menos hasta los seis meses de vida.

Con todo, la valoración que realizo es positiva y opino que la nueva regulación de la suspensión de los contratos supone un paso más en el camino correcto, que puede contribuir de manera significativa a la consecución del objetivo de corresponsabilidad. Sin embargo, todavía queda mucho camino por recorrer, ya que el establecimiento de un marco adecuado en la ley no es suficiente por sí solo para generar un cambio sociocultural y evitar la discriminación que seguimos sufriendo en el ámbito laboral por el hecho de ser mujeres. A tales efectos, son necesarias reformas más profundas de los demás derechos relacionados con

la conciliación o la corresponsabilidad, como son las excedencias por cuidado de hijos y familiares y las reducciones de jornada. Además, es imprescindible que existan unos servicios públicos de calidad que se encarguen del cuidado de los menores desde una edad temprana y, en general, un mercado laboral que garantice empleos estables y de calidad para facilitar la aplicación de las medidas de suspensión de contrato en estos casos. Y en todo caso, se requiere un cambio en la mentalidad en la sociedad, para tomar conciencia feminista y cuestionar los estereotipos sexistas que atribuyen a la mujer el rol de cuidadora y que impulse que los hombres asuman funciones que tradicionalmente se han considerado femeninas. Para ello es imprescindible apartar la idea preconcebida de que el trabajo reproductivo y de cuidado corresponde a la mujer y empezar a hacer (o seguir haciendo) uso de los derechos que nos otorga la norma. Porque sino, la igualdad efectiva y la corresponsabilidad pasan a ser presupuestos grandilocuentes pero totalmente ineficaces.

En definitiva, creo que esta reforma debería verse como un éxito parcial y como una oportunidad para romper con los estereotipos que atribuyen el papel de cuidadora a la mujer y avanzar hacia un sistema que garantice un reparto igualitario de responsabilidades de cuidado.

7. Bibliografía

Adroher Biosca, S., y Halty Barrutieta, A. (2019). *Conciliación y corresponsabilidad laboral y familiar*. Wolter Kluwers Educación.

Ballester Pastor, M.A (2010), “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, págs. 34 a 39.

Ballester Pastor, M.A (2011), “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 25, págs. 53 a 77.

Ballester Pastor, M.A. (2019a), “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146 págs. 13 a 40.

Ballester Pastor, M.A. (2019b), “De los permisos parentales a la conciliación: Expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, págs. 1109 a 1132.

Cordero Gordillo, V. (2019), “La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, págs. 5 a 26.

Fabregat Monfort, G. (2019). “Las novedades en materia de igualdad de género en el mercado de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53.

Fernández Prats, C., García Testal, E., y López Balaguer, M. (2019). *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Prieto, M. (2020), “Conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades en la Directiva (UE) 2019/1158”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 12.

García Campá, S. (2019), “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 433.

Gorelli Hernández, J. (2019a), “Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar: el RD-Ley 6/2019”, *Trabajo elaborada en el marco del Proyecto I+D de la Agencia Estatal de Investigación PGC 2018-095263-B-100*.

Gorelli Hernández, J. (2019b), “Hacia la corresponsabilidad mediante la suspensión por nacimiento de hijos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53.

Lopez Aniorte, M^a. C. (2018) “Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, págs. 93 a 135.

López-Ibor, R, Escot, L., Fernández Cornejo, J. y Poza, C. (2008), “El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España”. *Economic Analysis Working Papers (EAWP)*, núm. 7, págs. 1 a 25.

Lousada Arochena, J. F. (2013), *El principio de igualdad de mujeres y hombres en especial, en el derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tesis doctoral, Universidad de da Coruña.

Lousada Arochena, J. F. (2019a), “Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: Una primera aproximación”, *Revista Derecho social y empresa*, núm. 11, págs. 70 a 97.

Lousada Arochena, J. F. (2019b), “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 8, págs. 783 a 796.

Lousada Arochena, J. F. (2019c), “Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, núm. 2, págs. 39 a 49.

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

Merino, P. y A. Razquin. 2019. “La transferibilidad de los permisos de maternidad y paternidad en la encrucijada”, *Revista Crítica de Ciencias Sociales*, núm. 18.

Molina González Pumariega, R. (2020), “Un paso más hacia la corresponsabilidad real: la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el Real Decreto – Ley 6/2019”, *Revista Derecho social y empresa*, núm. 12.

Organización Internacional del Trabajo (2019), Un paso decisivo hacia la igualdad de género: En pos de un mejor futuro del trabajo para todos, Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_725969.pdf (accedido última vez el 19 de enero de 2021)

Pastor Martínez, A. (2019), “Las Medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Iuslabor*, núm. 1.

Perán Quesada, S. (2019), “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2019), “La conciliación de la vida laboral y familiar como causa de discriminación por razón de género y la incentivación de las medidas de corresponsabilidad”, *Cielo laboral*, núm. 4.

Rojo Torrecilla, E. (2019), “Estudio del Real Decreto - Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, Disponible en:

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/03/estudio-del-real-decreto-ley-62019-de-1.html>

(accedido última vez el 19 de enero de 2021).

Sánchez Trigueros, C. (2016), “El principio de igualdad en la negociación colectiva, Colección informes y estudios”, *Serie Relaciones Laborales*, núm. 11, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Disponible en: http://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccnc/B_Actuaciones/Estudios/PARA_WEB_CCNCC_EL_PRINCIPIO_DE_IGUALDAD_EN_LA_NC.pdf (accedido última vez el 19 de enero de 2021).

Torns, T. (2011), “Conciliación de la vida laboral y familiar o corresponsabilidad ¿el mismo discurso?”, *RIDEG: revista interdisciplinar de estudios de género*, núm. 1, págs. 5 a 13.