

# TRABAJADORAS ASALARIADAS Y AUTÓNOMAS ANTE LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD: LA SUBSISTENCIA DE ESTEREOTIPOS SEXISTAS EN LA LEY Y EN LA JURISPRUDENCIA\*

M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE

*Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*

Fecha de recepción: 26/11/2018

Fecha de aceptación: 16/12/2018

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA. 2.1. Planteamiento. 2.2. La madre-cuidadora como titular originaria y principal del derecho. 2.3. Los bienes jurídicos tutelados. 2.3.1. Protección de la salud de la madre. 2.3.2. Protección de la persona menor y conciliación de la vida familiar y laboral. 2.3.3. La presencia de estereotipos sexistas en la doctrina del TJUE y del TC: de la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) a la STC 111/2018, de 17 de octubre. III. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO AUTÓNOMO. 3.1. Autoempleo como alternativa al desempleo femenino: ¿empoderamiento o precarización? 3.2. Las peculiaridades de la protección por maternidad en el RETA. 3.3. El superado debate sobre el derecho de cesión del descanso por maternidad. 3.4. La precaria protección por maternidad de las trabajadoras autónomas excluidas del RETA. 3.4.1. Planteamiento. 3.4.2. La atribución legal a la otra persona progenitora del derecho al descanso por maternidad. 3.4.3. Nuevos déficits de protección de una normativa obsoleta y basada en estereotipos sexistas: soluciones jurisprudenciales. IV. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** En este trabajo se analizan los estereotipos de género presentes en la normativa reguladora de la protección por maternidad en el trabajo asalariado y autónomo, así como en la doctrina del TJUE y del TC que la interpreta. Los prejuicios sexistas impregnados en la cultura, en las normas y en las resoluciones judiciales siguen atribuyendo a la madre trabajadora el rol de cuidadora prioritaria, rol que se silencia y enmascara tras el argumento de la necesidad de tutelar “las particulares relaciones” entre la madre y la criatura recién nacida. La desigual regulación de los permisos por maternidad y paternidad discrimina indirectamente a las mujeres pues, al imponerles el ejercicio de los derechos de conciliación en caso de parto y convertir al padre en un mero colaborador, hace recaer sobre ellas el coste laboral de la decisión de tener descendencia; coste que es especialmente alto en el trabajo por cuenta propia, lo que desincentiva el autoempleo femenino.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the gender stereotypes present in the regulations governing maternity protection in paid and autonomous work, as well as in the doctrine of the ECJ and the Spanish Constitutional Court. The sexist prejudices impregnated in the culture, in the laws and in the judicial resolutions continue to attribute to the working mother the role of priority carer, a role that is silenced and masked with the argument of the need to protect “the particular relationships” between the mother and the newborn baby. The unequal regulation of maternity and paternity leave indirectly discriminates against women because, by imposing on them the exercise of conciliation rights in the event of childbirth and turning the father into a mere collaborator, the labor cost of having offspring falls on the working women; cost that is especially high at self-employment, which discourages female self-employment.

**PALABRAS CLAVE:** Trabajo asalariado, trabajo autónomo, protección por maternidad, corresponsabilidad, discriminación, estereotipos sexistas.

**KEYWORDS:** Salaried work, self-employment, maternity protection, co-responsibility, discrimination, sexist stereotypes.

## I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de los derechos de conciliación familiar y laboral en términos de corresponsabilidad real entre ambos sexos es, en pleno siglo XXI, una asignatura pendiente<sup>1</sup>. Ello constituye un lastre que impide garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo asalariado y autónomo, pues obstaculiza el empleo y precariza las condiciones laborales de las trabajadoras, con la consiguiente merma de sus derechos en materia de Seguridad Social. A este respecto, la Comisión Europea, en su *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, ha reconocido que para poner fin a la disparidad entre sexos en el mundo laboral “habrá que promover el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales”, así como “una distribución más equitativa del tiempo dedicado al cuidado de los hijos y del hogar”<sup>2</sup>.

En el caso de España, en apenas seis meses, se han sucedido numerosos acontecimientos jurídicos que permiten augurar un inminente cambio normativo favorable a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres: 1) en abril 2018, el TC admite a trámite el recurso de amparo de un padre y de la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA)<sup>3</sup>, en el que se solicita el reconocimiento de la prestación de paternidad en términos equiparables a la de

.....

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2016-76557-R, sobre “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): Salud, familia y bienestar”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, e incluido en la Convocatoria 2016 de Proyectos de I+D+I, correspondientes al Programa Estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los Retos de la Sociedad.

1 Véase, MOLINA NAVARRETE, C., “El «fin» de la «re-conciliación» trabajo/familia como derecho social fundamental ¿«sexuado»? sin «corresponsabilidad» no hay «paraíso» de igualdad”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 47, 2018, pp. 16-34.

2 Comisión Europea, *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, p. 19. Son demoledores los datos que, en el caso de España, evidencian la enorme brecha laboral de género existente, derivada, en buena medida en la falta de corresponsabilidad entre sexos en los cuidados de menores, mayores y dependientes: la tasa de paro femenina a finales del tercer trimestre de 2018 fue del 16,22%, y la masculina del 13,12% (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247>, en línea, fecha de consulta: 18-11-2018); a finales de 2017, del total de trabajos a tiempo parcial, 2.072.100 eran ocupados por mujeres y 733.300 por hombres (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>, en línea, 2 de febrero de 2018); el salario medio anual de las mujeres en 2016 fue de 20.131,41 euros, mientras que el de los hombres alcanzó los 25.924,43 euros, representando el salario medio anual femenino el 77,6% del masculino (INE, Encuesta Estructura Salarial 2016); y sus pensiones son significativamente más reducidas: la pensión de jubilación media de las mujeres en junio de 2018 fue de 805 €, frente a la de los hombres que alcanzó los 1.254 € ([http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Estadistica/Est/Pensiones\\_y\\_pensionistas/Pensiones\\_contributivas\\_en\\_vigor/Por\\_edades/150225](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_edades/150225), en línea, fecha de consulta: 10 julio 2018).

3 <https://igualeseintransferibles.org/>, en línea, fecha de consulta: 8 de septiembre de 2018.

maternidad; 2) en junio de 2018, el pleno del Congreso aprueba la toma en consideración de la proposición de ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores en caso de nacimiento, adopción o acogimiento, que contempla permisos y prestaciones iguales e intransferibles para ambas personas progenitoras<sup>4</sup>; 3) en julio de 2018, la LPGE para 2018 amplía la duración de la protección por paternidad de cuatro a cinco semanas; 4) y en octubre de 2018, la Ministra de Política Territorial y Función Pública firma un acuerdo con CC.OO., UGT, CSIF y CIGA para ampliar progresivamente, en el ámbito de la Administración General del Estado, el permiso de paternidad hasta las 16 semanas, equiparándolo al de maternidad<sup>5</sup>.

En el actual contexto social y jurídico, la admisión a trámite por el TC del recurso de amparo arriba aludido, bajo la justificación de su “especial trascendencia constitucional” (art. 50.1 LOTC)<sup>6</sup>, permitía confiar en un cambio en la doctrina del TC en la materia. Se podía, ciertamente, esperar que el Alto Tribunal, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), conforme al cual “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, tomara la decisión de remover los obstáculos que se derivan de la desigual regulación de la protección por maternidad y paternidad actualmente existente, que impiden o dificultan la igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, en los términos exigidos por el art. 9.2 CE.

Pero las expectativas no se han cumplido. La STC 111/2018, de 17 de octubre, dictada por el Pleno -conformado por nueve magistrados y dos magistradas, una de las cuales ha emitido voto particular-, ha confirmado la doctrina constitucional sobre la materia, en la que se defiende que la finalidad de la protección por maternidad no es otra que la de preservar la salud de la mujer trabajadora y “proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio”. Ello le permite concluir que, siendo el objeto de la protección por paternidad el de “favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, y, por tanto, distinto al de la protección por maternidad, son diferentes las situaciones que se traen a “comparación”, por lo que “no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley, la diferente duración de los

.....

4 [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-131.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-131.PDF), en línea, fecha de consulta, 8 de septiembre de 2018.

5 [http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/prensa/archivo\\_grafico/galerias/2018/Octubre/20181029-sindicatos/20181029acuerdossindicatos.pdf.pdf](http://www.seat.mpr.gob.es/dam/es/portal/prensa/archivo_grafico/galerias/2018/Octubre/20181029-sindicatos/20181029acuerdossindicatos.pdf.pdf), en línea, fecha de consulta: 7 de noviembre de 2018.

6 Especial trascendencia constitucional, basada en tres motivos: “1º. Porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2, b)]. 2º. La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2, c)]. 3º El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, g)]”.

permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social”.

Como manifiesta la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, en el Voto Particular a la STC 111/2018, el Alto Tribunal ha perdido “la ocasión de diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitucional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad –en conexión con los arts. 15 y 43 CE-, y las finalidades, con igual cabida constitucional, asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral -arts. 14 y 35.1 CE-, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal –art. 18 CE- que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta”.

En las páginas que siguen, se estudiarán los bienes jurídicos protegidos por la normativa reguladora de la protección por maternidad, utilizando, a tal efecto, una perspectiva de género<sup>7</sup>. Asimismo, se analizará si la actual regulación de los permisos por maternidad y paternidad, de diferente duración, garantiza la igualdad real y efectiva de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo asalariado y autónomo, en los términos exigidos por el art. 4 LOI –aspecto no examinado por el TC en la aludida sentencia-, o si, por el contrario, dicha normativa favorece la perpetuación de estereotipos y roles tradicionales<sup>8</sup>, dificulta la corresponsabilidad entre ambos sexos<sup>9</sup>, y discrimina indirectamente a las mujeres.

## II. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA

### 2.1. Planteamiento

En el trabajo asalariado, la maternidad biológica se configura como un supuesto suspensivo del contrato de trabajo (art. 45.1.d ET), regulado en el art. 48.4 ET, que implica el cese temporal de la ejecución de las prestaciones recíprocas de trabajar y remunerar la

.....

7 Sobre la necesidad de integrar la dimensión de género en la impartición de justicia, véase, POYATOS MATAS, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2018, Editum, Universidad de Murcia, en prensa.

8 Como advierte la OIT, en su informe, *Care work and care jobs for the future of work* (en línea, fecha de consulta: 24 de julio de 2018), es necesario adoptar medidas urgentes respecto del trabajo de cuidados, pues, de lo contrario, aumentará “más aún la desigualdad de género en el trabajo”. Como se indica en el informe, las mujeres realizan el 76,2 % de todo el trabajo de cuidados no remunerado.

9 Sobre la materia, véase, BALLESTER PASTOR, M.A., “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, [http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan\\_Harremanak/article/view/6172/5820](http://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/6172/5820), en línea, fecha de consulta: 22 de noviembre de 2018.

actividad laboral<sup>10</sup>, generando los derechos a reserva de puesto de trabajo (art. 48.1 ET) y a prestaciones de la Seguridad Social (arts. 177-182 LGSS).

A diferencia del derecho laboral al descanso por maternidad, que solo requiere la vigencia del contrato de trabajo, el nacimiento del subsidio se condiciona al cumplimiento de determinados requisitos [afiliación, alta o situación asimilada (art. 165.1 LGSS) y un período mínimo de cotización (art. 178 LGSS)]. Para reducir las eventuales situaciones de desprotección por incumplimiento del requisito de carencia, tras la reforma operada por la LOI, se establecieron distintos períodos mínimos de cotización en función de la edad de la persona protegida, llegándose a obviar tal exigencia cuando esta es menor de 21 años (art. 178.1 LGSS).

Cumplidas las exigencias señaladas, la persona beneficiaria tendrá derecho a un subsidio equivalente al 100 por 100 de su base reguladora, idéntica a la establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (arts. 179.1 LGSS y 6 295/2009). Las normas de Seguridad Social aseguran, de este modo, durante todo el período de descanso, en el trabajo por cuenta ajena, prestaciones equivalentes al 100% de las rentas salariales dejadas de percibir, con el objeto de impedir que se produzca una merma de ingresos en un momento en que, con la llegada de un nuevo miembro a la familia, se produce un incremento extraordinario de gastos.

Ahora bien, la mera flexibilización de los requisitos de carencia, por sí sola, no impedía el eventual reconocimiento del derecho a la suspensión contractual sin derecho a subsidio, en los supuestos en los que la persona beneficiaria fuera mayor de 21 años. Para obviar tal discordancia normativa entre el ordenamiento laboral y el de la Seguridad Social, la LOI configuró una prestación no contributiva por maternidad (hoy regulada en los arts. 109.3, 181 y 182 LGSS) destinada a reconocer a la madre, en estos casos, el derecho a percibir un subsidio, de reducida cuantía, durante las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio, duración que se amplía en 14 días naturales en determinadas circunstancias.

## **2.2. La madre-cuidadora como titular originaria y principal del derecho**

El art. 48.4 ET, tras señalar que la duración de la suspensión contractual será de “dieciséis semanas ininterrumpidas”, precisa que “el período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto”. Así pues, la madre trabajadora es la titular originaria del derecho. Como se irá justificando a lo largo del presente trabajo, la atribución de tal derecho a la trabajadora que ha dado a luz,

.....

<sup>10</sup> La protección por maternidad tiene amparo en el art. 39.2 CE. Un análisis comparado sobre el tratamiento que la Constitución Española y la Constitución Italiana dispensan a la maternidad, puede verse, en, ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., *La constitucionalización de la Seguridad Social: la experiencia española e italiana en su 40 y 70 aniversario*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 43, 113, 120, y 119.



con exclusión del otro progenitor, no solo se debe a razones biológicas (protección de su salud) y jurídicas (protección de sus derechos laborales), sino también a los estereotipos sexistas que le atribuyen el rol de cuidadora. Ello explica que cuando la LOI, en el 2007, reconoció al padre –o a la otra persona progenitora- un permiso “por paternidad” propio e intransferible, lo dotó inicialmente de una duración anecdótica de 13 días, insuficientes para que aquel pudiera involucrarse en la crianza; en la actualidad, el permiso se ha ampliado a 5 semanas, pero sigue sin garantizar la corresponsabilidad entre ambos sexos<sup>11</sup>.

El legislador marca, de este modo, distancia, entre la protección por maternidad biológica y por adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento (de igual duración que la protección por maternidad), donde trabajadores y trabajadoras se encuentran en un plano de igualdad en cuanto titulares legales indistintos<sup>12</sup>. Como se ha señalado, en la suspensión contractual por maternidad es la madre la titular del derecho, pudiendo esta “optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”, sin perjuicio “de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre” (art. 48.4, párrafo segundo ET). De este modo, la trabajadora puede ceder al otro progenitor hasta las 10 semanas adicionales (o el número superior que corresponda en los casos de ampliación del permiso), que podrán ser disfrutadas de forma simultánea o sucesiva con el período de descanso de la progenitora.

Como excepción a la regla general, conforme a la cual el padre puede disfrutar del descanso por maternidad de forma parcial y derivada de la madre, en los tres supuestos que a continuación se enumeran, aquel –o la otra persona progenitora- puede acceder al descanso por maternidad y a la correspondiente prestación de forma completa, directa y subsidiaria, por imposibilidad de disfrute del descanso por la madre: a) fallecimiento de esta; b) paternidad biológica mediante contrato de gestación por sustitución; c) cuando la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones (este supuesto se analizará en el epígrafe correspondiente a la protección por maternidad de las trabajadoras por cuenta propia).

En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que esta realizara o no un trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del tiempo de suspensión, computado desde la fecha del parto, “y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto” (ter-

.....

11 Al igual que el permiso por maternidad, el de paternidad es un supuesto suspensivo del contrato de trabajo, contemplado en el art. 48.7 ET, que genera dos derechos básicos en el trabajo por cuenta ajena: a reserva de puesto de trabajo (art. 48.1 ET) y a una prestación de la Seguridad Social sustitutiva de las rentas salariales dejadas de percibir; esta se regula en los arts. 183 a 185 LGSS y 22 a 30 RD 295/2009.

12 En este sentido, el art. 48.5 ET, en su último párrafo, establece: “En caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados”.

cer inciso del primer párrafo del art. 48.4 ET). La LOI introduce dos mejoras respecto de la regulación precedente. De un lado, reconoce expresamente el derecho del otro progenitor a disfrutar de este descanso, aunque la madre no se encuentre de alta en la Seguridad Social, siempre que aquel reúna por sí mismo los requisitos pertinentes. Y, de otro, prevé que no se le descuente el tiempo de suspensión disfrutado por la madre antes del parto. Ambas novedades persiguen la protección de la persona menor, tras la desaparición de la “cuidadora principal”, así como facilitar la conciliación familiar y laboral del padre.

Por su parte, la paternidad biológica mediante contrato de gestación por sustitución es un supuesto suspensivo del contrato de trabajo y una situación protegida de la prestación por maternidad de configuración jurisprudencial<sup>13</sup>, y sin cobertura legal<sup>14</sup>. En relación con esta controvertida materia, cabe destacar la STS de 25 de octubre de 2016, que reconoce la prestación por maternidad a un trabajador, padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución, con el razonamiento de que si bien la normativa actual omite la contemplación de estos supuestos, “no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de la vida familiar y laboral”.

Sin ahondar en el debate ético y jurídico que la gestación por subrogación suscita, ha de subrayarse el carácter innovador del citado pronunciamiento. El TS, alejándose del criterio mantenido en la STC 111/2018, de 17 de octubre, donde se sigue haciendo referencia a objetivos obsoletos de la tutela por maternidad, como la protección de “las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio”, la STS de 25 de octubre de 2016 reconoce de forma inequívoca que, mediante la protección por maternidad, se persiguen las finalidades constitucionales de “protección del menor”, y de “conciliación de la vida familiar y laboral”, aspectos en los que se profundiza en el apartado siguiente.

### **2.3. Los bienes jurídicos tutelados**

Como ya se ha adelantado, no existe consenso sobre los bienes jurídicos protegidos por la normativa protectora de la maternidad biológica, más allá de la protección de la salud de la trabajadora durante el embarazo, el parto y el puerperio (que, obviamente, no se cuestiona). Ahora bien, junto a la salud de la madre, dicha normativa también persigue, como precisa la STS de 25 de octubre de 2016, de un lado, la protección de la criatura recién nacida, ser inmaduro e indefenso que reclama intensos cuidados de las personas progeni-

.....

13 Véanse, STS 25 octubre 2016 (RJ 2016/6167), y SSTSJ Madrid 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503) y 23 de diciembre de 2014 (AS 2015/406).

14 El ET y la LGSS no contemplan este supuesto. No en vano, el contrato de gestación por sustitución es nulo *ex art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*; por su parte, los arts. 6.2 y 3 del Código Civil y el art. 10 de la Ley 14/2016 prohíben la renuncia de la madre a la filiación.



toras durante sus primeros meses de vida (cuidados que facilitarán el afianzamiento de las relaciones entre ambas partes)<sup>15</sup>; y, de otro, la conciliación de la vida personal y familiar, aspecto que ha de ser planteado en términos de corresponsabilidad entre ambos sexos.

### 2.3.1. Protección de la salud de la madre

Para el TC, la finalidad primordial perseguida por la normativa protectora de la maternidad es la tutela de la salud de la mujer trabajadora. En este sentido, la STC 75/2011, de 19 de mayo, manifiesta que “la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales”; y, de forma más amplia, la STC 111/2018, de 17 de octubre afirma que “la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad (...) es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio”.

De este modo, para el TC, en la maternidad biológica, quedan en un segundo plano, hasta prácticamente desaparecer, los bienes jurídicos de protección de la persona menor y de conciliación entre la vida familiar y laboral, que, paradójicamente, la doctrina del TS y del propio TC considera capitales para el disfrute del permiso de maternidad por el padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución (STS de 25 de octubre de 2016), así como en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento (STC 75/2011, de 19 de mayo). El objetivo de favorecer “la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, asimismo, estaría presente en la protección por paternidad (STC 111/2018, de 17 de octubre), así como en los supuestos en los que el padre (o la otra persona progenitora) disfruta del descanso por maternidad de forma derivada o subsidiaria.

La LOI reforzó el bien jurídico de la protección de la salud de la madre –y también de la persona menor- al permitir que la otra persona progenitora pudiera seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, esta se encontrara en situación de incapacidad temporal. Tal previsión constituye un avance respecto de la regulación precedente, pero es insuficiente dado que no contempla el derecho al disfrute íntegro del descanso en los supuestos en los que la enfermedad se manifieste durante todo el período de duración del permiso, incluidas las seis semanas posteriores al parto. Otra medida que robustece la tutela de la madre trabajadora, establecida por la LOI, es el reconocimiento del subsidio no contributivo por maternidad durante el descanso obligatorio.

.....

15 En palabras de RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 72, “la suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial”.

### *2.3.2. Protección de la persona menor y conciliación de la vida familiar y laboral*

#### 2.3.2.1. Planteamiento

Conforme a la doctrina del TC, en la maternidad biológica, el cuidado de la persona menor y la conciliación entre la vida familiar y laboral son bienes jurídicos que quedan absorbidos y neutralizados por la “protección de la salud de la madre”, que el Alto Tribunal considera “finalidad primordial de la protección en caso de parto”. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que tales bienes jurídicos concurren en la figura jurídica analizada; así lo evidencia el hecho de que los mismos “reaparecen” y se visibilizan con total nitidez, cuando es el padre quien disfruta del permiso de maternidad de forma derivada o subsidiaria.

Llegados a este punto, cabe afirmar que, una vez atendido el bien jurídico de protección de la salud de la madre, los otros dos, es decir, la protección de la persona menor -mediante el trabajo de cuidados y el afianzamiento de vínculos afectivos-, y el ejercicio de los derechos de conciliación necesarios para materializar tal protección y hacerla compatible con el trabajo, han de corresponder a ambas personas progenitoras, en términos de corresponsabilidad real, lo que la normativa actual no garantiza.

El carácter “disuasorio” de la contratación de mano de obra femenina que las normas protectoras de la maternidad generan, y la legítima aspiración masculina a ejercer los derechos de conciliación en igualdad de condiciones que las mujeres, han determinado que el legislador haya ampliado al máximo el período de descanso por maternidad del que puede hacer uso el padre, y le haya reconocido un permiso de paternidad independiente del de la madre y no transferible, que actualmente tiene una duración de 5 semanas. Con estas medidas se ha pretendido combatir, al menos en la letra de la norma, el estereotipo sexista de que la crianza de la prole es un rol exclusivamente femenino. Sin embargo, son poco numerosos los supuestos en los que los padres acceden a la maternidad compartida<sup>16</sup>, y muy escasa la duración del permiso por paternidad, pese a su disfrute mayoritario<sup>17</sup>. Por ello, la actual normativa reguladora de la protección por maternidad y paternidad resulta ineficaz en orden a garantizar el ejercicio de los derechos de conciliación en términos de corresponsabilidad real entre mujeres y hombres, no permite superar los estereotipos de género arraigados en la sociedad en materia de cuidados, y desincentiva la contratación de mano de obra femenina, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

.....

16 De enero a junio de 2018 se han seguido 122.421 procesos por maternidad, de los que solo 1.325 han sido compartidos, lo que supone un 1,08% del total (Prestaciones familiares enero-junio 2018, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Secretaría de Estado de Seguridad Social).

17 En 2017, los procesos por maternidad (un total de 268.328) y por paternidad (264.632) se encontraban prácticamente equiparados, representando los segundos el 98,6 % de los primeros. Véase el documento *Prestaciones de la Seguridad Social. Año 2017*, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

2.3.3. *La presencia de estereotipos sexistas en la doctrina del TJUE y del TC: de la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) a la STC 111/2018, de 17 de octubre*

En la concreción de los bienes jurídicos protegidos por la normativa protectora de la maternidad realizada por el TC, ha pesado significativamente el criterio mantenido desde hace décadas por el TJUE, impregnado de estereotipos sexistas. Para este órgano judicial, la protección de maternidad persigue, además de la recuperación física de la madre, una finalidad conciliatoria exclusivamente femenina. Particularmente, *la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann)*<sup>18</sup>, ha defendido que las medidas legales de los Estados miembros consistentes en la concesión de un periodo de descanso por maternidad, una vez expirado el plazo legal de protección por posparto, reservando ese derecho a la madre trabajadora, con exclusión del padre, constituyen medidas adecuadas al ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en cuanto tienen la doble finalidad de proteger la condición biológica de la mujer, y “las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto”.

Esta doctrina ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores<sup>19</sup>, e incluso, 26 años más tarde, en la relativamente reciente STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Caso Roca Álvarez), en la que, sin embargo, se aprecia una evolución positiva respecto de la conceptualización del permiso de lactancia, al que sí se le atribuye una finalidad conciliatoria en términos de corresponsabilidad entre hombres y mujeres, tras entenderse desligado del hecho biológico de la lactancia natural.

En el ámbito interno, entre otras muchas, la STC 75/2011, de 19 de mayo<sup>20</sup>, dictada por el Pleno –conformado por 9 magistrados y una magistrada–, obvia de forma absoluta la finalidad conciliatoria de la protección por maternidad –como si no existiera una criatura que proteger– y, una vez más, carga las tintas en la fundamentación biológica de la misma<sup>21</sup>, para marcar las diferencias entre la protección por maternidad y por adopción y acogimiento, a la que sí se le reconoce una finalidad conciliatoria que se niega a la protec-

.....

18 STJUE 184/83, Rec. p. 3047, apartado 25.

19 En la misma línea, SSTJUE de 14 de julio de 1994, Webb, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 20; de 30 de junio de 1998, Brown, C-394/96, Rec. p. I-4185, apartado 17; y de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03, Rec. p. I-935, apartado 43.

20 Cuestión de inconstitucionalidad 3515-2005, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida.

21 A tal efecto, se basa en la doctrina previa del TC: “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” (STC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 4). En la misma línea, la STC 324/2006, de 20 de noviembre (FJ 6) precisa: “la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad”.

ción por maternidad. A este respecto, el Alto Tribunal señala que, en el caso de parto, la finalidad primordial perseguida por la Ley “es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, (...) haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales”; mientras que en la adopción y en el acogimiento “no se trata de garantizar la recuperación de la madre trabajadora (...) sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares”.

Como ya se ha adelantado, era deseable que el TC, tras la admisión a trámite del recurso de amparo de un padre que solicitaba el reconocimiento de la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad, revisara su obsoleta doctrina sobre la materia y dictara una sentencia adecuada a la realidad social de nuestro tiempo; pero tales expectativas no se han cumplido. El Alto Tribunal, en su sentencia de 17 de octubre de 2018, además de recurrir a la fundamentación biológica del permiso –que es inobjetable– defiende, en la misma línea mantenida por el TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) y otras posteriores, que la protección por maternidad persigue “proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo de puerperio”, obviando, incomprensiblemente, el bien jurídico de la protección de la persona menor así como el de conciliación entre la vida familiar y laboral.

Las doctrinas expuestas, del TJUE y del TC, merecen ser revisadas desde una perspectiva de género, pues, además de hallarse impregnadas de estereotipos sexistas incompatibles con la normativa de la Unión Europea que proclama la igualdad entre mujeres y hombres como un valor fundamental de la misma<sup>22</sup>, con los arts. 14 y 9.2 CE, y con el art. 4 LOI, desconocen, de un lado, que el bien jurídico tutelado por la normativa protectora de la maternidad es plural -de naturaleza biológica y conciliatoria-, y de otro, que las medidas de conciliación dirigidas exclusivamente a las mujeres, además de carecer de amparo constitucional, repercuten negativamente en la contratación de mano de obra femenina y en sus condiciones laborales<sup>23</sup>, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

.....

22 Véase el Tratado de la Unión Europea (Preámbulo, arts. 2, 3.3, y 21), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [arts. 8, 153.1.i) y 157] y la Carta de los Derechos Fundamentales (Preámbulo, 20, 21, 23). En 2010, la Comisión adoptó la Carta de la Mujer y, en 2011, el Consejo adoptó el Pacto Europeo por la Igualdad de Género. Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su considerando 3 señala que “la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”. Sobre la discriminación múltiple sufrida por las mujeres en el ámbito del trabajo, puede verse, FERRANDO GARCÍA, F.M., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 427, 2018.

23 Sobre la materia, véase, MARTÍNEZ GARCÍA, M.L., “Maternidad y discriminación de las mujeres en el empleo”, *Anales de Derecho*, núm. 35, 2/2017.

Solo las semanas inmediatamente posteriores al parto, dirigidas a la recuperación física de la madre y, en su caso, las previas al alumbramiento, presentan una fundamentación biológica<sup>24</sup>. El resto del descanso tiene una finalidad conciliatoria, el mismo propósito que ambos tribunales no dudan en reconocer al permiso de lactancia, que, al igual que la maternidad, presenta un origen biológico. Es cuestionable el razonamiento empleado en la STJUE de 12 de julio de 1984 (Caso Hofmann) y posteriores, y en la STC 111/2018, de 17 de octubre, cuando señalan que el permiso de maternidad, además de tutelar la condición biológica de la mujer se encamina a “proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto”. No en vano, estas relaciones también es muy importante que se establezcan entre la criatura y padre, tal como demuestran distintos estudios<sup>25</sup>.

Los argumentos esgrimidos por el TJUE y el TC respecto del permiso de lactancia son aplicables a la mayor parte del permiso por maternidad: es un tiempo de cuidado a favor del hijo o hija y una medida conciliatoria de la vida familiar y laboral. Su carácter conciliatorio se deduce con claridad de la redacción del art. 48.4 ET, cuando prevé que las semanas adicionales a las seis posteriores al parto puedan ser transferidas a la otra persona progenitora, o cuando permite que, en determinados supuestos, esta última disfrute, íntegramente, del permiso por maternidad. En la medida en que a dicho período se le reconozca carácter conciliatorio, que evidentemente lo tiene, no puede excluirse de su disfrute a la otra persona progenitora, pues ello constituiría una diferencia de trato por razón de sexo contraria al art. 14 CE.

El propio TS, en la sentencia de 25 de octubre de 2016, varias veces citada, sobre reconocimiento de la prestación por maternidad a un padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución, admite expresamente que la “finalidad de la prestación de maternidad está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor”, de suerte que el reconocimiento de la prestación por maternidad en este supuesto se dirige a lograr “los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral”<sup>26</sup>.

.....

24 A este respecto, téngase en cuenta que Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, que refunde la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 y modificaciones posteriores, en su considerando 24 señala: “El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como promover medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad”.

25 Por todos, HUERTA, M.C. *et altri*, “Fathers’ leave, fathers’ involvement and child development: Are they related? Evidence from Four OECD Countries”, en *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, nº 40, 2013 (Publicaciones de la OCDE, 2013).

26 Sobre este controvertido tema, puede verse, HIERRO HIERRO, F.J., “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190/2016. BIB 2016\80288.

Como ya precisó la STC 229/1992, de 14 de diciembre, en relación con la prohibición del trabajo femenino en el interior de las minas, “este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios”, por lo que concluyó que “no existe razón alguna (salvo que esté en juego el embarazo o la maternidad) que pueda justificar la exclusión absoluta de la mujer en este tipo de trabajo”.

Este razonamiento del TC ha de ser trasladado al ámbito ahora examinado, lo que obliga a diferenciar entre las previsiones estrictamente protectoras de la maternidad biológica, que sí admitirían un trato diferenciado de las mujeres (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto), y las que, aunque puedan traer su causa en el nacimiento de una criatura, tienen una finalidad conciliatoria (a partir de la semana séptima del descanso por maternidad). Estas últimas semanas de descanso, al no tener como objeto la protección de la salud materna –si así fuera, este período no podría ser cedido–, han de destinarse tanto a hombres como a mujeres, para que unos y otras compartan por igual los cuidados familiares.

El reconocimiento de derechos de conciliación dirigidos exclusiva o preferentemente a las trabajadoras se asienta en estereotipos de género, ahonda en la brecha de cuidados entre sexos, y repercute negativamente en el acceso al empleo de las mujeres, en sus condiciones laborales y en sus carreras profesionales, generando techo de cristal y brecha salarial y prestacional. Por ello, ha resultado decepcionante que la STC de 17 de octubre de 2018 haya perdido la oportunidad de reconocer la existencia de previsiones tuitivas de la maternidad biológica que, pese a su aparente justificación, discriminan indirectamente a las mujeres al poner “a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro” (art. 6.2 LOI).

### III. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

#### 3.1. Autoempleo como alternativa al desempleo femenino: ¿empoderamiento o precarización?

La crisis económica que se arrastra desde 2008 ha traído consigo un alto índice de desempleo y precariedad laboral. En este contexto, el autoempleo ha centrado la atención del legislador<sup>27</sup>, que lo ha considerado una fuente propicia para la generación de trabajo

.....

27 Especialmente, en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo, y en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.



asalariado y autónomo, y un medio adecuado para reducir el paro. Todo ello adquiere especial relevancia en el caso de las mujeres, para las que el trabajo por cuenta propia podría constituir una alternativa al desempleo y a la precariedad laboral que sufren con mucha mayor intensidad que los hombres<sup>28</sup>.

Las estadísticas demuestran la reciente propensión de las mujeres al trabajo por cuenta propia<sup>29</sup>, pese a lo cual, la tasa de trabajo autónomo femenino sigue situándose, año tras año, por debajo de la masculina, de suerte que, a fecha de 31 de julio de 2018, solo 35,5% del total de las personas dadas de alta en el RETA eran mujeres<sup>30</sup>. Como hipótesis de trabajo, cabría considerar que son dos las razones principales de la brecha ocupacional de género en el trabajo autónomo, muy superior a la del trabajo asalariado<sup>31</sup>:

1. El autoempleo no parece el mejor camino para el empoderamiento femenino, pudiendo conducir a una mayor precarización; de hecho, el trabajo autónomo común adolece de un gran déficit de tutela laboral respecto del trabajo asalariado<sup>32</sup>, dado que en el mismo no se reconoce el derecho a una remuneración suficiente, ni a un descanso mínimo diario, semanal o anual; tampoco está garantizado un derecho efectivo a la prevención de riesgos laborales más allá de la “autotutela”, ni siquiera en los casos de riesgo durante el embarazo y la lactancia<sup>33</sup>; la protección por contingencias profesionales y por cese de actividad es opcional<sup>34</sup>; y, además, se permite el trabajo autónomo a mayores de 16 años<sup>35</sup>, pero se les excluye del sistema de la Seguridad Social hasta los 18 años<sup>36</sup>.

.....

28 Recuérdese que la tasa de paro femenina, a finales del tercer trimestre de 2018, fue del 16,22%, y la masculina del 13,12% (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4247>, en línea, fecha de consulta: 18-11-2018); por su parte, del total de trabajos a tiempo parcial existentes a finales de 2017, 2.072.100 fueron ocupados por mujeres y 733.300 por hombres (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>, en línea, 2 de febrero de 2018).

29 Según la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA), en su Informe Mujer Autónoma 2018, las mujeres representan el 45,2% del crecimiento de las personas trabajadoras autónomas en 2017, siendo ellas quienes están siendo “las protagonistas de la recuperación económica y la generación de empleo”, resultando el autoempleo femenino “más fiable” en orden a la generación de un sólido tejido empresarial al mantenerse más tiempo los negocios liderados por mujeres (<https://ata.es/wp-content/uploads/2018/03/INFORME-MUJER-ESPAN%CC%83A-2018-ok.pdf>, en línea, 18-11-2018).

30 Los datos exactos son: 1.165.166 mujeres dadas de alta como autónomas, frente a 2.113.244 hombres ([http://www.mitramiss.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Nota\\_Autonomos\\_AfilJulio\\_2018.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Nota_Autonomos_AfilJulio_2018.pdf), en línea, fecha de consulta: 18-11-2018).

31 En el conjunto del sistema de la Seguridad Social, en septiembre de 2018, las mujeres alcanzaron el 46,11% del total de las altas. (<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3375>, en línea, fecha de consulta: 19-11-2018).

32 Sobre la materia, véase, *in extenso*, RODRÍGUEZ EGÍO, M., *Hacia un trabajo autónomo decente*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016. En el Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente (TRADE) la tutela jurídico-laboral es mayor, pero constituyen un porcentaje muy pequeño (cerca al 6%) del total de las personas trabajadoras autónomas.

33 Véase, art. 8 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA).

34 Art. 26.3 LETA.

35 Art. 9 LETA.

36 Art. 7.1.b) LGSS.

2. La vigente regulación de la protección por nacimiento de hijo o hija atribuye a las mujeres el rol de cuidadoras principales o exclusivas, dificultándoles el desarrollo de actividades por cuenta propia en igualdad de condiciones que los hombres.

Dado que el déficit de tutela laboral del trabajo autónomo afectaría, en principio, por igual a hombres y mujeres, en las páginas que siguen se analiza la adecuación del régimen jurídico del descanso en caso de parto al trabajo autónomo femenino.

### **3.2. Las peculiaridades de la protección por maternidad en el RETA**

Las mujeres que trabajan por cuenta propia -encuadradas o no en el Régimen de Autónomos (en adelante, RETA)-, no solo han de enfrentarse al déficit de tutela laboral que el trabajo autónomo significa para hombres y mujeres, sino, también, a otros desafíos compartidos con las restantes mujeres trabajadoras, relacionados con los procesos biológicos vinculados a la maternidad y la desigual regulación de los permisos en caso de parto destinados a uno u otro sexo; desafíos que poseen un mayor impacto peyorativo en el trabajo autónomo que en el asalariado.

Ciertamente, en la medida en que la mujer que trabaja por cuenta propia desarrolla su actividad en régimen de autoorganización y asumiendo el riesgo de la misma<sup>37</sup>, la repercusión de la maternidad en el desarrollo de su trabajo, en el mantenimiento de su empleo y en sus ingresos, es mayor que en el caso de las trabajadoras asalariadas. A diferencia de estas últimas, que tienen derecho a la suspensión del contrato y a la reserva del puesto de trabajo, las autónomas -titulares de su propio negocio, que dirigen y gestionan-, en iguales circunstancias, se verán obligadas, bien al cese temporal o definitivo de la actividad, bien a la designación de una persona que temporalmente la desarrolla. Ambas posibilidades pueden incidir negativamente en la situación económica de la trabajadora, y poner en peligro su actividad económica o profesional. Para aminorar, en la medida de lo posible, estos efectos adversos, es previsible que la autónoma reduzca el período de disfrute del descanso o que decida disfrutarlo a tiempo parcial, con el fin de mantener, aunque solo sea durante algunas horas al día, su participación en el negocio.

Por su parte, en lo que se refiere a la protección en materia de Seguridad Social en caso de parto, no hay grandes diferencias entre el trabajo asalariado y el autónomo pues, de acuerdo con lo establecido en el art. 318 a), párrafo primero, LGSS, le resultará aplicable al RETA “lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente”, para el Régimen General, salvo en materia de determinación de la base reguladora para el cálculo

.....

37 Sobre el concepto de persona trabajadora autónoma, puede verse, LÓPEZ ANIORTE, M.C., “La difusa e incompleta configuración subjetiva del RETA en la LGSS 2015”, *Revista de derecho social*, núm. 73, 2016, pp. 45-68.

de su cuantía (que será, al igual que en el Régimen General, el 100% de dicha base)<sup>38</sup>. De acuerdo con esta regulación, el nivel de protección en el trabajo autónomo del RETA durante el descanso por maternidad es idéntico al de las personas asalariadas del Régimen General en materia de situaciones protegidas, periodo de carencia, duración y distribución. Las más importantes singularidades que todavía se mantienen están directamente relacionados con las características de la actividad, que es desarrollada por cuenta propia y sin sometimiento al poder directivo de un tercero.

La primera especificidad conecta con la circunstancia de que las personas trabajadoras autónomas son responsables de la obligación de cotizar; por ello, para el reconocimiento y el abono de las prestaciones, es razonable que se les exija hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social en el momento del hecho causante (arts. 47 y 314 LGSS)<sup>39</sup>. De no estar al corriente, les será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, constitutivo del RETA. Durante la baja por maternidad de la persona trabajadora autónoma se le aplicará una bonificación del 100 % de la cuota a la Seguridad Social<sup>40</sup>.

La segunda peculiaridad se vincula con el hecho de que no existe una normativa que regule la jornada en el trabajo autónomo, ni que defina el trabajo por cuenta propia a tiempo parcial. Y, a pesar de ello, el art. 318 a), párrafo segundo, LGSS, prevé que las personas encuadradas en el RETA podrán percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan. El apartado 8 de la Disposición Adicional Primera del RD 295/2009, de 6 de marzo, ha desarrollado esta materia, dando lugar al primer supuesto de regulación del trabajo autónomo a tiempo parcial contemplado en nuestro ordenamiento jurídico<sup>41</sup>. Dicha norma incluye algunas singularidades, siendo la más significativa que la percepción del subsidio y la reducción de la actividad solo podrá efectuarse en el porcentaje del 50%. El reconocimiento del derecho a percibir el subsidio por maternidad a tiempo parcial en el trabajo autónomo contribuirá a atemperar las eventuales repercusiones económicas peyorativas del descanso por maternidad en el negocio, al permitir la compatibilidad entre la presencia parcial en este y el cuidado de la criatura.

La exigencia de una declaración de situación de actividad es la tercera y última de las diferencias entre el RETA y el Régimen General, en materia de protección por maternidad,

.....

38 Véase, art. 138 a) LGSS.

39 Cfr. CERVILLA GARZÓN, M.J., “El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del RETA: incidencia en los aplazamientos concedidos con anterioridad al hecho causante”, *Temas Laborales*, núm. 116, 2012, p. 271. Este requisito también se encuentra regulado en los arts. 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y 57.2 Orden de 24 de septiembre de 1970.

40 Art. 38 LETA.

41 Con posterioridad, la LETA, atendiendo una vieja reivindicación del colectivo, reconoció de forma general el trabajo autónomo a tiempo parcial mediante la incorporación de cuatro nuevas previsiones en otras tantas disposiciones de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, con entrada en vigor diferida por sucesivas LPGE.

que se destacan. Para disfrutar de dicha prestación, la autónoma deberá presentar declaración sobre la persona que gestionará directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sea titular o, en su caso, deberá comunicar el cese temporal o definitivo de la actividad ante la entidad gestora, dentro de los quince días siguientes a la fecha del parto o del inicio del descanso<sup>42</sup>. La contratación de una persona asalariada que sustituya a la autónoma durante su baja por maternidad dará lugar a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>43</sup>, y no impedirá, en su caso, la consideración de aquella como trabajadora autónoma económicamente dependiente<sup>44</sup>. Si la trabajadora no optara por mantener abierto el negocio sino por el cese temporal en la actividad, la misma tendrá derecho a una bonificación en la cuota por contingencias comunes durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de la reapertura, siempre que la reincorporación se llevara a cabo en los dos años siguientes a la fecha del cese<sup>45</sup>; dicha bonificación contribuirá a compensar la merma de ingresos producida por la eventual pérdida de clientela durante el cierre temporal del negocio.

### **3.3. El superado debate sobre el derecho de cesión del descanso por maternidad**

Hace algunos años, la jurisprudencia no reconocía a las trabajadoras por cuenta propia –ni a las incluidas ni a las excluidas del Sistema de Seguridad Social<sup>46</sup>–, el derecho a ceder al padre parte del derecho al descanso por maternidad y del correspondiente subsidio, al considerar que solo las vinculadas mediante contrato de trabajo tenían atribuido tal derecho por el ET (art. 48.4 ET). El nuevo criterio interpretativo mantenido, entre otras, por la STSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008<sup>47</sup>, unido a la previsión contenida en el art. 1 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que extiende la normativa sobre la opción a favor de la otra persona progenitora a todos los regímenes del Sistema, permiten concluir que esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada.

Todo ello supone un paso importante, aunque insuficiente, en el camino hacia la corresponsabilidad y la igualdad de oportunidades de las autónomas, quienes, habida cuenta de

.....

42 Véase, art. 12, párrafo segundo, RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. La Resolución de 4 de febrero de 2004, del INSS, extendió esta norma a la prestación por maternidad y por riesgo durante el embarazo, norma que, tras la entrada en vigor de la Ley de Igualdad también se entiende aplicable a las situaciones de riesgo durante la lactancia y de paternidad.

43 Art. 38, último párrafo, LETA, en relación con el art. 1 del Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre.

44 Art. 11.2. a) LETA.

45 Véase, art. 38 bis LETA.

46 Véase, STS de 28 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1882).

47 AS 2009/1128. En el mismo sentido, STSJ País Vasco 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009/305865). Un comentario a la sentencia TSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008 puede verse en OLARTE ENCABO, S., “Transferencia de la prestación por maternidad de las trabajadoras autónomas: la equiparación plena con las trabajadoras por cuenta ajena”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 57, 2010, pp. 29-36.

la dedicación personal requerida, y ante el riesgo de una eventual pérdida de la clientela, es razonable que tengan interés en reincorporarse a la actividad por cuenta propia lo antes posible, tras el parto<sup>48</sup>. La pronta reincorporación ahora se facilita por el ordenamiento de la Seguridad Social, que reconoce a las autónomas el derecho de cesión a la otra persona progenitora de parte del periodo de descanso. No obstante, es evidente que sería más justo e igualitario que el padre tuviera un derecho propio al descanso en caso de parto de igual duración al de la madre, y no condicionado a la cesión voluntaria por parte de esta.

### 3.4. La precaria protección por maternidad de las trabajadoras autónomas excluidas del RETA

#### 3.4.1. Planteamiento

No se puede obviar, en este trabajo, la referencia a un colectivo de personas trabajadoras por cuenta propia que, sorprendentemente, todavía permanece excluido del sistema de la Seguridad Social. Se trata del colectivo conformado por profesionales de la arquitectura, procuraduría de los tribunales, ingeniería, medicina, gestión administrativa y abogacía, que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoctava LGSS<sup>49</sup>, no tienen la obligación de causar alta en el RETA en caso de haber optado por una mutualidad de previsión social alternativa a este Régimen Especial.

Al quedar fuera del sistema de la Seguridad Social, a estas profesionales no les resultaba aplicable la disposición adicional undécima bis LGSS 1994 –hoy art. 318 a) LGSS 2015–, careciendo de protección por maternidad (y de las restantes prestaciones) si la mutualidad alternativa no contemplaba dicha contingencia, lo que era bastante común, al tomar estas mutualidades como referencia al profesional varón que no asume responsabilidades familiares.

Una jurisprudencia consolidada venía impidiendo a las profesionales excluidas del RETA la posibilidad de transferir el descanso por maternidad al otro progenitor, bajo el argumento de que solo puede ejercitar tal derecho la madre trabajadora asalariada, al ser a esta a la que se le reconoce, *ex art. 48.4 ET*, el derecho a la suspensión contractual por maternidad<sup>50</sup>; razonamiento que, en realidad, actuaba en detrimento de todas las trabajadoras autónomas, como ya se ha señalado.

.....

48 Resulta de especial interés el Auto TS de 15 de octubre de 2009 (Nº Recurso 226/2009), que resuelve la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por Telefónica de España SA frente a la STSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2008, siendo la sentencia de contraste la STS (Sala de lo Social) de 18 de marzo de 2002.

49 Con anterioridad, esta previsión estaba contenida en la Disp. Ad. 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

50 Por todas, SSTS (Sala de lo Social), de 28 de diciembre de 2000, Nº de Recurso 1479/2000 (madre registradora de la propiedad) y de 20 de noviembre de 2001, Nº de Recurso 201/2001 (madre abogada en ejercicio y cotizante a la Mutualidad de la abogacía).

La solución ofrecida por los órganos judiciales a esta problemática obstaculizaba la conciliación familiar y laboral de las aludidas profesionales y de la otra persona progenitora, impedía la corresponsabilidad en la crianza, desprotegía a la persona menor, y era incompatible con el derecho a la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el desarrollo de idéntica actividad profesional. Pero tal interpretación era la que permitía el tenor literal de la Ley, dado que, de un lado, las profesionales no podían transferir un derecho del que carecían, y de otro, el legislador no reconocía al padre un derecho al descanso en caso de parto independiente del de la madre, más allá del reducido permiso de paternidad creado por la LOI. Así lo interpretó tanto el TC español (STC 75/2011, de 19 de mayo) como el TJUE (Sala 4ª, sentencia de 19 de septiembre de 2013).

#### *3.4.2. La atribución legal a la otra persona progenitora del derecho al descanso por maternidad*

La LOI, con el propósito de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares y poner fin a la desprotección de la persona menor, añadió un párrafo al art. 48.4 ET, en el que se prevé que, en el caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, la otra persona progenitora, en el caso de trabajar por cuenta ajena, tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que le hubiera correspondido a la madre.

Esta materia ha sido desarrollada reglamentariamente por el art. 3.4 RD 295/2009, de 6 de marzo, para todo el sistema de la Seguridad Social. Esta norma reconoce el derecho a la protección de maternidad a la otra persona progenitora, cuando, en caso de parto, la madre fuera trabajadora por cuenta propia incorporada, en razón de su actividad profesional, a una mutualidad de previsión social establecida por el colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones, bien por no estar prevista la protección por maternidad en la mutualidad, bien, por no observar las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad por causas ajenas a su voluntad. Si la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión alternativo al RETA, independientemente de su duración o cuantía, o si careciera del mismo por no haber incluido la cobertura de dicha prestación, no se reconocería el derecho a la otra persona progenitora.

La regulación prevista en el art. 3.4 RD 295/2009 permite a la madre trabajadora sin derecho a prestaciones continuar ejerciendo su actividad profesional tras el alumbramiento, y que sea el padre –si reúne los requisitos pertinentes– quien disfrute íntegramente del descanso por maternidad, acumulándolo, en su caso, al descanso por paternidad. En este supuesto, el bien jurídico que la norma tutela a través de la protección “por maternidad”



no es, en ningún caso, la protección de la salud de la madre –esta queda desamparada-, sino la protección de la criatura y los derechos de conciliación de la otra persona progenitora. Ante la completa desatención de la profesional que ha sido madre por parte de la mutualidad alternativa al RETA, el art. 3.4 RD 295/2009 aspira a proteger a la persona menor, así como a propiciar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ejercicio de la misma actividad profesional colegiada y un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares entre ambos sexos.

### 3.4.3. Nuevos déficits de protección de una normativa obsoleta y basada en estereotipos sexistas: soluciones jurisprudenciales

Los efectos perseguidos por la LOI tras los cambios normativos descritos en el apartado anterior, podrían quedar neutralizados tras la entrada en vigor de la regulación prevista en la disposición adicional 46<sup>a</sup> de la Ley 27/2011<sup>51</sup>. Desde el establecimiento, en 1995, del régimen de opción analizado, y hasta el año 2011, el legislador no había fijado medidas que garantizaran un mínimo de cobertura por parte de las mutualidades de previsión social. Para mejorar la tutela dispensada, la disposición adicional 46<sup>a</sup> de la Ley 27/2011 –hoy, disposición adicional 19<sup>a</sup> LGSS- estableció la necesidad de que las mutualidades de previsión social alternativas al RETA ofrecieran a sus afiliados y afiliadas, a partir del 1 de enero de 2013, un nivel mínimo de cobertura, en lo que se refiere a las contingencias cubiertas -entre las que obligatoriamente debe encontrarse la maternidad-, y a la intensidad de la protección dispensada; ello no obstante, el nivel mínimo de protección solo se ha establecido respecto de las pensiones, pero no en cuanto a los subsidios temporales, como la maternidad.

Pese a la aparente bondad de la nueva regulación, la misma podría suponer un retroceso, pues, en la medida en que las mutualidades alternativas han debido incluir obligatoriamente la cobertura de la prestación por maternidad a partir del 1 de enero de 2013, desde esta fecha, podría quedar sin aplicación la previsión *ex art. 48.4 ET*, que reconoce a la otra persona progenitora el derecho al disfrute del permiso por maternidad (y de la correspondiente prestación) cuando la madre no tuviera cubierta esta contingencia de acuerdo con las normas que rigen su actividad. Así pues, aún en el supuesto de que la cuantía de la prestación resultara insignificante y de que la duración del derecho al descanso ni siquiera alcanzara las seis semanas de descanso mínimo obligatorio, la otra persona progenitora podría no tener derecho a la protección por maternidad, debiendo ambas personas proge-

.....

51 Sobre la materia, puede verse, GARCÍA ROMERO, B., “La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa”, Comunicación XXVI Congreso Nacional Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*, Córdoba, 2 y 3 de junio de 2016.

nitoras reincorporarse a su actividad profesional poco después del alumbramiento, en perjuicio de sus derechos de conciliación y de la persona menor, que quedaría desprotegida.

La problemática generada en torno al menguado derecho a la protección por parto en el caso concreto de las abogadas no integradas en el RETA, y al reconocimiento legal del derecho al descanso por maternidad al padre, condicionado a que “la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones” (art. 48.4 ET), ya ha llegado a los tribunales.

El Plan Universal de la Mutualidad General de la Abogacía solo contempla el derecho a percibir una indemnización en forma de pago único por parto/lactancia. La cuestión jurídica que, en este caso, se plantea es la de si dicha indemnización se puede considerar una “prestación por maternidad” en los términos exigidos en el párrafo 3º del art. 48.4 ET, con los efectos de impedir al padre el disfrute del derecho íntegro al descanso y al subsidio que le hubiera correspondido a la madre, de estar integrada en el sistema de la Seguridad Social.

La duda jurídica ha sido resuelta por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, en sentencia de 28 de junio de 2018<sup>52</sup>. El TS ha concedido al padre, magistrado de profesión, la licencia de maternidad de 16 semanas que no pudo ser disfrutada por la madre, en el entendimiento de que la Mutualidad General de la Abogacía no contempla un descanso por maternidad de 16 semanas retribuidas sino una indemnización en forma de pago único.

Procede advertir que el art. 373.2 LOPJ reconoce a jueces, juezas, magistrados y magistradas una licencia en caso de parto. Sin embargo, el Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial, desarrolla este precepto legal sin reconocer el derecho del padre –o de la otra persona progenitora- al descanso por maternidad, en el supuesto de que la madre fuera trabajadora autónoma sin derecho a suspender su actividad profesional por maternidad con derecho a prestaciones. Ante la omisión normativa, el Alto Tribunal aplica analógicamente el art. 48.4, párrafo 3º, ET, y llega a la conclusión de que la abogada no ha tenido derecho a prestaciones por maternidad; no reconoce tal carácter al pago único percibido como indemnización, por no haber permitido el mismo que aquella suspendiera su actividad profesional.

Al margen de lo dudoso que, de por sí, resulta el régimen de opción entre el RETA y las mutualidades alternativas -por falta de coherencia con el carácter contributivo y solidario de nuestro modelo de Seguridad Social, por desproteger a las profesionales que han sido madres y a las criaturas recién nacidas, y por vulnerar su derecho a la igualdad de oportunidades-, esta particular sentencia ha de ser valorada de forma positiva. La misma asegura la protección de la persona menor, al tiempo que tutela los derechos profesionales

.....  
52 N° de Recurso 183/2017.

de la madre trabajadora por cuenta propia y los de conciliación del padre, facilitando la corresponsabilidad. Sin embargo, no resuelve todos los problemas prácticos que genera la redacción de la disposición adicional 19<sup>a</sup> LGSS; cabría plantearse, a título de ejemplo, si, en el caso de que la indemnización no hubiera sido de pago único y se hubiese fraccionado en cuatro mensualidades, la respuesta judicial habría sido la misma.

Tan deficiente y obsoleta cobertura ha sido diseñada tomando como referente al “profesional varón” que no asume responsabilidades familiares; por esta razón, a las profesionales colegiadas que deseen tener descendencia les será, sin duda, más ventajosa la opción por el RETA, pese a resultar más onerosa.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Son tres los bienes jurídicos protegidos por la normativa protectora de la maternidad: la protección de la salud de las trabajadoras; la protección de la persona menor; y la conciliación de la vida personal y familiar. Una vez atendido el bien jurídico de protección de la salud de la madre, de carácter biológico, los otros dos competen a ambas personas progenitoras, en términos de corresponsabilidad real, lo que la normativa actual, de forma injustificada, no garantiza, desincentivando la contratación laboral de mujeres y el autoempleo femenino.
2. La atribución legal a las trabajadoras asalariadas o autónomas, con exclusión del otro progenitor, de un derecho individual al descanso en caso de parto de 16 semanas, no solo se debe a razones biológicas (protección de su salud) y jurídicas (protección de sus derechos laborales), sino también a la persistencia en el ordenamiento jurídico de estereotipos sexistas que les asigna el rol de cuidadoras.
3. Las doctrinas del TJUE y del TC en la materia, muy alejadas de la realidad social de nuestro tiempo, deben ser revisadas. De un lado, porque se hallan impregnadas de estereotipos sexistas incompatibles con el principio de igualdad y no discriminación; claro ejemplo de ello es la trasnochada afirmación de que la protección por maternidad tiene por finalidad proteger “las particulares relaciones entre la madre y su hijo”. Y, de otro, porque desconocen que el bien jurídico tutelado por la normativa protectora de la maternidad no es solo de naturaleza biológica sino también conciliatoria, y que las medidas de conciliación destinadas a las mujeres previstas en dicha normativa repercuten negativamente en la contratación de mano de obra femenina y en sus condiciones laborales, generando discriminación indirecta por razón de sexo.

4. Las mujeres que trabajan por cuenta propia no solo han de enfrentarse al déficit de tutela laboral propio del trabajo autónomo y que afecta por igual a ambos sexos, sino, también, a otros desafíos compartidos con las restantes mujeres trabajadoras, relacionados con la desigual regulación de los permisos por maternidad y paternidad, que hace recaer sobre ellas el rol de cuidadoras y el coste laboral de la decisión de tener descendencia. Tales desafíos poseen un especial impacto peyorativo en el trabajo autónomo, donde “no se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo” ni garantizado el mantenimiento de la clientela durante el período de descanso.
5. Urge la supresión legal del obsoleto sistema de opción entre el RETA y las mutualidades alternativas de determinados colegios profesionales que, al configurar las contingencias cubiertas, toman como referencia al trabajador varón que no asume responsabilidades familiares. No es admisible que el ordenamiento jurídico permita la insolidaria huida del sistema de la Seguridad Social, en un momento en el que es imperioso reforzar su financiación, hacia un modelo privado de protección que afianza estereotipos sexistas, desprotege a las criaturas recién nacidas, no garantiza la protección de la maternidad biológica, discrimina a las mujeres e impide la corresponsabilidad de ambos sexos en el trabajo de cuidados.

**M<sup>a</sup> CARMEN LÓPEZ ANIORTE**

*Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Murcia*