

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

*ONE MORE STEP TOWARDS REAL CO-RESPONSIBILITY:
THE EMPLOYMENT CONTRACT SUSPENSION DUE TO
CHILDBIRTH, ADOPTION, GUARDIANSHIP FOR ADOPTION
AND FOSTER CARE AFTER THE ROYAL DECREE-LAW 6/2019*

Rocío MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 15 de enero de 2020

SUMARIO: I. EL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO DE MENOR DE DOCE MESES. 1. DERECHO INDIVIDUAL Y DURACIÓN DEL MISMO. 2. EJERCICIO DEL DERECHO TRAS LA REFORMA. 3. SITUACIONES ESPECIALES. 3.1. Supuesto del menor con discapacidad. 3.2. Supuesto de parto múltiple. 3.3. Supuesto de parto prematuro y de hospitalización del menor. 3.4. Supuesto de fallecimiento del hijo o hija. 3.5. Familias monoparentales. 4. REGIMEN TRANSITORIO. II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO. 1. CONTENIDO DEL DERECHO. 2. SUPUESTOS PARTICULARES. 3. RÉGIMEN TRANSITORIO.

RESUMEN: La pasada primavera, con la aprobación 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, se introdujeron modificaciones en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, en clave de corresponsabilidad. En este artículo, hacemos una valoración positiva de dichas reformas, en cuanto que suponen un avance en la promoción de la corresponsabilidad familiar de los trabajadores hombres y mujeres. Sin embargo, no dejamos de señalar carencias importantes que adolece. Por otra parte, y a lo largo del mismo, apuntamos algunas propuestas que consideramos son importantes para lograr una corresponsabilidad real.

ABSTRACT: The approval of Royal Decree – Law 6/2019, of March 1, “on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation”, has amended in a co-responsability key the regulation of the employment contract suspensión for maternity, paternity, adoption, guardianship for adoption and foster care purposes. In this article, we make a positive assessment of these reforms, due to that they represent an advance in the promotion of family co-responsibility of male and female workers. However, we highlight that some relevant shortcomings. Likewise we suggest some proposals to achieve real co-responsibility.

PALABRAS CLAVE: Corresponsabilidad, conciliación, suspensión del contrato de trabajo.

KEY WORDS: Co-responsability, work-life balance, the employment contract suspension.

En la primavera de 2019, la regulación de las suspensiones del contrato de trabajo por maternidad y por paternidad, sufrieron modificaciones que provocaron un gran interés social, con destacada repercusión en los medios de comunicación. Dichas modificaciones fueron producto de una reforma que se llevó a cabo mediante 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 hombre en el empleo y la ocupación (en adelante RD–L 6/2019)¹, en un contexto político nacional enmarcado en un entorno europeo, en el que se estaban y se están tratando de orientar las políticas de conciliación hacia una corresponsabilidad real.

Del RD–L 6/2019, hacemos en general una valoración positiva, y en concreto respecto a los permisos en los que nos vamos a detener, ya que supone un avance destacado en la promoción de la corresponsabilidad familiar de los trabajadores hombres y mujeres; sin embargo adolece de carencias importantes, que lo hacen insuficiente respecto al gran objetivo que declara persigue, la elaboración de “un nuevo texto articulado integral y transversal en materia de empleo y ocupación, que contenga las garantías necesarias para hacer efectivo” el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en la línea marcada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI)².

Desde hace ya más de tres décadas, en concreto desde la aprobación de la ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo³, se han ido produciendo profundos cambios en nuestra legislación laboral y en la Seguridad Social sobre la maternidad de las trabajadoras por cuenta ajena, con repercusión en las relaciones funcionariales y el trabajo autónomo, y la igualdad. Esta ley destaca por su plena

1 BOE de 7 de marzo de 2019. Norma convalidada por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados en su reunión de 3 de abril de 2019 [Cortes generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, XII Legislatura, Sesión de la Diputación Permanente núm. 9 celebrada el miércoles 3 de abril de 2019 (BOE de 10 de abril)], quedando de esta forma inalterados los textos normativos que aprobó el Gobierno y en concreto la nueva regulación del permiso por nacimiento y el de adopción, guarda o acogimiento.

2 BOE de 23 de marzo de 2007.

3 BOE 8 de marzo de 1989. Sobre esta importante Ley y sus efectos, véase entre otros, SEMPERE NAVARRO, A.V., “La ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1989, pp. 85–97; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, *La Ley–I*, 1989, pp. 1141–1173; LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J., “Las recientes reformas de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo”, *Revista de Treball*, núm. 10, 1989, pp. 29–48.

identidad en principios y objetivos con las reformas posteriores en la materia⁴. Por ella se amplían de catorce a dieciséis semanas la suspensión del contrato por maternidad, el hombre comienza a compartir con la mujer el derecho a la interrupción de la jornada por lactancia y parte del permiso por maternidad, contribuyendo esta nueva orientación de las normas protectoras de la maternidad a debilitar el *efecto boomerang* que el reconocimiento de ciertos derechos solo a las mujeres desataba en su propio perjuicio⁵. Mediante la reforma introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁶, se trató de dar un paso más para alcanzar una situación de igualdad real entre trabajadores y trabajadoras. Fue una norma destacada e importante aunque más que por sus logros en materia de corresponsabilidad e igualdad, porque impulsó la utilización de criterios que acabarían guiando la evolución de las soluciones normativas hasta las actuales⁷. La LOI ha sido la norma más importante en la evolución de la materia que nos ocupa; su contenido transversal buscaba para los trabajadores y las trabajadoras que, a través de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se asumieran por ambos, de forma equilibrada las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio, una auténtica corresponsabilidad. Una de las medidas más innovadoras y destacadas en esta línea fue la creación de un permiso de paternidad independiente del de maternidad.

Podemos afirmar que el RD-L 6/2019 constituye un paso más hacia esa corresponsabilidad. No obstante, y a pesar de sus avances y de ser una muestra clara de una mayor apuesta política por una corresponsabilidad real, no logra que se produzca una reforma integral y transversal de la materia; quizá mucho de ello debido a su elaboración precipitada y desigual, según las materias tratadas, e incluso por carencias en materias importantes para su mayor eficacia como medidas que fomenten y obliguen al padre u otro progenitor a disfrutar de los permisos que se le conceden e incluso a disfrutarlos en solitario; muy relacionado con ello, se producen carencias en medidas sancionadoras, procesales y algunas de seguri-

.....

4 Al respecto, CABERO MORÁN, E., “La conversión de las situaciones de maternidad y paternidad en la de nacimiento y cuidado de menor por el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho, La Ley 5538/2019*, núm. 53, mayo 2019, p. 1.

5 MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, Madrid, 2004, p. 110.

6 BOE de 6 de noviembre de 1999. Sobre esta Ley véase, entre otros, RODRÍGUEZ-PINERO, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I), (II) y (y III)”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 18 y 19, 1999, pp. 1-9; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1999, pp. 10-53; PÉREZ DEL RÍO, T., “La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pp. 39-68; RIVAS VALLEJO, M.P., “La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/99, una reforma técnica”, *Tribuna Social*, núm. 108, 1999, pp. 9-43; BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Colección Laboral, núm. 94, 2000; ALBIOL MONTESINOS, I., *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Tirant Lo Blanch, Valencia, Colección Laboral, núm. 107, 2001.

7 Vid. CABERO MORÁN, E., “La conversión de las situaciones de maternidad y paternidad en la de nacimiento y cuidado de menor por el principio de corresponsabilidad”, *cit.*, p. 2.

dad social; también echamos en falta, entre otras, una regulación específica para los casos de familias monoparentales. Por otro lado cuestionamos su calidad técnica⁸; el Gobierno tiene competencia para aprobar este tipo de normas, cuando se produzcan situaciones de extraordinaria y urgente necesidad⁹, y no parece sea la situación ni el marco adecuado el del reciente real decreto. No es clara la urgente necesidad ni lo extraordinario de la situación¹⁰, tampoco se ha dado pie al debate y apoyo parlamentario de dicha reforma, cuando de hecho ya se habían producido con anterioridad trabajos parlamentarios al respecto. Asimismo, nos parece importante señalar, que todo cambio en esta materia dirigido a lograr una mayor corresponsabilidad, debería ir acompañado para su mayor eficacia y efectividad, de políticas públicas dirigidas a aumentar y mejorar los servicios públicos de atención a las personas, tanto menores como dependientes mayores o con discapacidad, como venimos manteniendo hace años¹¹; extremo en el que insiste, para el ámbito comunitario, la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo¹². Se trata de un instrumento fundamental de apoyo a las familias que facilita la conciliación familiar y profesional corresponsable.

Centrándonos ya en la materia objeto de nuestro trabajo, el permiso por nacimiento de menor, como medida más novedosa y popular, y de la que la reforma se ha ocupado más en profundidad, se ha regulado por el RD-L 6/2019 unificando en él los permisos conocidos como por maternidad biológica y paternidad preexistente; estableciéndose, como regulación independiente, la del permiso por adopción, guarda o acogimiento.



8 Véase una visión crítica muy interesante del RD-L 6/2019 en BALLESTER PASTOR, M.A., “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” *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol.4, nº 2 (2019), pp. 14–38. También sobre la cuestionable calidad técnica, LOUSADA AROCHENA, J.F., “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*, nº 11 (julio 2019), p. 96.

9 Artículo 86 de la Constitución Española.

10 En los últimos años, se han presentado iniciativas que ponen de manifiesto que los políticos o sus diferentes partidos, y las instancias públicas son conscientes de la necesidad de que el régimen jurídico de los permisos destinados al cuidado de los hijos sea reformado, al objeto de conseguir una verdadera.

corresponsabilidad; en esta línea destacamos algunas de las más recientes proposiciones de Ley: la Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento presentada por el del Grupo Confederal Unidos Podemos–En Marea–En Comú Podem (BOCG de 7 de mayo de 2018), la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 22 de junio de 2018), la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG de 7 de septiembre de 2018) y la Proposición de Ley de tiempo de trabajo corresponsable (BOCG de 16 de noviembre de 2018) del Grupo Confederal Unidos Podemos–En Marea–En Comú Podem. El RD-L 6/2019 se basa en gran medida en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista.

11 Vid. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 78. De manera más extensa véase, MOLERO MARRAÑÓN, M.L., “Los desafíos de una genuina conciliación de la vida profesional y familiar en la sociedad española del siglo XXI”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. Especial, 2019, p. 178–180

12 DOUE de 12 de julio de 2019.

I

EL NUEVO PERMISO POR NACIMIENTO DE MENOR DE DOCE MESES

En el ordenamiento laboral español se reconocía ya en las primeras normas laborales¹³, el derecho a la suspensión del contrato de trabajo a la trabajadora embarazada o que hubiera dado a luz¹⁴, con el fin de proteger y facilitar el restablecimiento de su salud, propiciar el mantenimiento de su puesto de trabajo y la prolongación de su carrera profesional más allá de la edad fértil, sin olvidar, y no por citarlo en último lugar menos importante, la atención y cuidados del recién nacido.

En la actualidad y tras la reciente reforma, es causa de suspensión del contrato de trabajo el nacimiento del menor tanto para la madre como para el padre u otro progenitor según se recoge en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)¹⁵ en su artículo 45.1 d). La novedad más importante es que se configura como un derecho individual en el sentido de que su ejercicio y disfrute no puede transferirse, principalmente por motivos de corresponsabilidad familiar; ya no es un derecho de la madre que puede ceder o disfrutar con el padre u otro progenitor. Esta suspensión se justifica en el parto para la madre biológica y para ambos progenitores, madre, padre u otro progenitor, en las necesidades de cuidado del menor de doce meses, edad que ha sido introducida por el RD-L 6/2019. En principio, parece que la norma persigue fines ya presentes en la regulación anterior: proteger la salud de la madre y su recuperación tras el embarazo y el parto; favorecer la atención y el cuidado del menor y la relación del niño/a con sus progenitores en sus primeros meses de vida; contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, quizá destacando esa búsqueda de la corresponsabilidad familiar; sin embargo, criticamos¹⁶ que la reforma centra la regulación y la protección en el nacimiento y cuidado del menor y deja en un segundo plano el hecho de la maternidad biológica que, como hecho diferencial



13 De hecho, fue en 1900, con la ley conocida como Ley Dato de 13 de marzo, sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños (Alcubilla 1900, pp. 265–266) cuando se reguló por primera vez la protección de la maternidad de manera expresa. Esta ley se considera punto de partida y de verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores relacionadas con la maternidad. Como dato a tener en cuenta, fue la Ley Dato la primera norma que recogió un supuesto suspensivo en la legislación laboral (VIDA SORIA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 15).

14 Para un estudio en profundidad de la materia véase, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Universidad Pontificia de Comillas-ICADE y Dykinson, Madrid, 2002, pp. 27 y ss y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, cit., pp. 63 y ss y 217 y ss.

15 BOE de 24 de octubre de 2015.

16 En este mismo sentido LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, cit. p. 71.

femenino, debe ser objeto de protección desde la perspectiva de la salud laboral y frente a las consecuencias negativas que para ella puede conllevar, no hay que olvidar que es una causa destacada de discriminación de las trabajadoras¹⁷. Son situaciones que la nueva denominación no refleja. Podría haberse mantenido la denominación precedente de suspensión o permiso por maternidad biológica y como derecho individual el de la suspensión o permiso por paternidad mejorando su contenido en clave de corresponsabilidad, como en gran parte se ha hecho, y así lograr mantener esa protección especial no discriminatoria de la maternidad biológica. En esta línea, destacada doctrina¹⁸ considera que dicho cambio terminológico “da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible. No puede olvidarse que las normas deben elaborarse pensando también en quienes podrían encargarse de legislar y gobernar con posterioridad, y cabe la posibilidad de que éstos carezcan de las mismas convicciones de quienes las hicieron. Si no se refuerza el término paternidad nada impide que posteriores Gobiernos, no tan conscientes de la cuestión corresponsabilizadora, eliminen sin plantearse la referencia a la intransferibilidad considerando que el bien principal es el cuidado del menor. De este modo, el permiso de nacimiento terminaría siendo disfrutado en su totalidad por las madres, lo que empeoraría considerablemente su situación laboral respecto a la actual”. Llamamos la atención asimismo, de como en el derecho comunitario se sigue utilizando esta terminología en materia de conciliación y corresponsabilidad; una muestra clara la encontramos en la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, posterior por cierto al real decreto que analizamos.

Para aplicar la reforma, por su transcendencia, el propio RD-L 6/2019 prevé reglas transitorias de aplicación, que han sido incorporadas a la disposición transitoria 13ª del ET y que afectan sobre todo al otro progenitor, no tanto a la madre biológica. Por otro lado y mientras no se proceda al desarrollo reglamentario de las nuevas reglas legales, es el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural¹⁹, la norma reglamentaria de desarrollo, a pesar del gran desajuste que se produce.

Es de destacar, de igual forma, que la suspensión que tratamos, se complementa con la prestación por nacimiento y cuidado de menor, denominada así tras el RD-L 6/2019, y

.....
17 Así lo venimos defendiendo hace años, entre otros en MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *cit.*, pp. 86–89 y en *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, *cit.*, pp. 252–322.

18 BALLESTER PASTOR, M.A., “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”, *cit.*, p. 26. Postura que defiende también, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 72.

19 BOE de 21 de marzo de 2009.

hasta entonces, como prestación por maternidad y prestación por paternidad²⁰; sin olvidarnos del derecho a la asistencia sanitaria durante ese tiempo para el recién nacido/a y en su caso para la madre biológica.

1. DERECHO INDIVIDUAL Y DURACIÓN DEL MISMO

Como novedad importante de la reforma, la titularidad del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en caso de nacimiento de niño/a pasa de ser únicamente de la madre biológica a ser también del padre u otro progenitor distinto de la madre; se convierte, por tanto, en un derecho individual de la persona trabajadora, de modo que no puede transferirse su ejercicio al otro progenitor, favoreciendo de esta manera la corresponsabilidad en las responsabilidades familiares. No obstante, no debemos olvidar que todavía habrá que esperar un tiempo para que la reforma sea plenamente efectiva; será a partir del 1 de enero de 2021, si no se retrasa su aplicación progresiva, extremo que, dada la inestabilidad política imperante, podría ocurrir. Desde ese momento ya no será posible que el padre u otro progenitor disfrute de parte del permiso de la madre al tener su propio derecho, como ocurre en la actualidad.

Existe una relación clara y evidente entre la maternidad y las especiales dificultades que presentan las mujeres en el acceso y consolidación de sus carreras profesionales²¹, la corresponsabilidad en el disfrute de los permisos trata de evitar esa situación²². La corresponsabilidad real se sustenta en unas políticas de conciliación de la vida familiar y laboral que favorezcan un reparto equilibrado de las cargas familiares, impida la feminización de los permisos y fomente la existencia de permisos igualitarios, individuales, intransferibles y obligatorios.

El que se haya convertido la suspensión por nacimiento de hijo/a en un derecho individual tanto de la madre como del padre u otro progenitor, es quizá uno de los

20 Art. 177 y siguientes del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

21 PERAN QUESADA, S., “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, 2019, pp. 180 y ss.

22 Sobre corresponsabilidad véase, entre otros, ALAMEDA CASTILLO, M. J.: “Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad”, en MERCADER UGUINA, J. (Dir.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 495–538; AAVV (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, P., Dirs.) *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; PERÁN QUESADA, S., “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *cit.*, pp. 180–203; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (Tras la aprobación del RD-L 6/2019)*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 15 y ss.

elementos más positivos de la reforma, supone un claro avance hacia dicha corresponsabilidad.

No obstante, cuando los dos progenitores que ejerzan el derecho que tratamos trabajen para la misma empresa, la dirección de la misma “podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito”²³; al referirse la norma únicamente al ejercicio simultáneo, parece que la empresa lo que no podrá es denegar definitivamente el ejercicio del derecho a ninguno de los dos, e incluso esa limitación consideramos debe estar muy justificada y ser excepcional. En todo caso, serán los progenitores quienes decidirán quien disfruta el derecho en cada momento, pues la facultad concedida a la empresa no parece abarque dicha elección²⁴. Sin embargo, consideramos que la empresa no podrá limitar su ejercicio en el caso del permiso obligatorio ya que de poder hacerlo se invalidaría la eficacia del fin para el que fueron creados ambos, protección de la salud de la madre principalmente para la mujer tras el parto, y cuidado del menor para el otro progenitor, con el fomento de la corresponsabilidad de marco regulador.

No debemos olvidar que en los casos de disfrute de este derecho, los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubieran podido tener derecho si, en lugar de la suspensión del contrato de trabajo, hubieran seguido prestando servicios efectivamente²⁵; extremo introducido por la LOI.

El nacimiento de hijo/a, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante dieciséis semanas²⁶, de las cuales son de descanso obligatorio las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para asegurar la protección de la salud de la madre. Sin olvidar, aunque la norma no lo recoja expresamente, que de esta forma se protegen las relaciones entre madre e hijo/a y el cuidado posible durante ese periodo después del parto, tan necesario para el menor “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”²⁷.

Por su parte, el contrato de trabajo del padre o progenitor distinto de la madre biológica, como gran novedad y avance hacia una mayor corresponsabilidad, se suspenderá durante dieciséis semanas para el cuidado del menor de doce meses, siendo asimismo obligatorio el descanso durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto (pasando hasta enero de 2021 por un periodo de aplicación transitorio), que habrán de disfrutarse igualmente a jornada completa, pero en este caso por razón de

23 Artículo 48.4 último párrafo del ET.

24 En sentido similar, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.* p. 76.

25 Artículo 48.9 del ET.

26 Según se dispone en artículo 48.4 del ET.

27 STC 111/2018, de 17 de octubre (BOE de 20 de noviembre de 2018).

cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil (en adelante CC)²⁸; sin olvidar lo dispuesto en el artículo 39 de nuestra Constitución. Con este nuevo derecho desaparece el permiso de dos días por nacimiento a cargo de la empresa, que establecía el artículo 37.3 b) del ET.

En ambos casos, tanto para la madre biológica como para el padre u otro progenitor, la nueva redacción del permiso establece que el contrato se suspenderá, es decir que no es una mera posibilidad sino un efecto inmediato del nacimiento. Esta nueva redacción, en principio, favorece la corresponsabilidad y el respeto por parte del empresario del mismo, sin embargo, al no llevar aparejada sanción alguna por su no disfrute, cuestionamos su plena eficacia.

Respecto al permiso obligatorio de seis semanas del padre u otro progenitor, no compartimos la necesidad de que deba disfrutarse a continuación del parto de forma simultánea con la madre; el de ésta tiene sentido por razones de salud principalmente, pero el del otro progenitor podría perfectamente disfrutarse unos días, quizá una o dos semanas después del parto, para atender al menor y a la madre en esos momentos y el resto, disfrutarlo a continuación del permiso de la madre o en otro momento no coincidente con el de la madre; de esta forma se garantizaría una atención y cuidado del menor por el otro progenitor real, asumiendo toda la responsabilidad del cuidado, no siendo un mero colaborador o ayudante de la madre, y un permiso total de mayor duración en el tiempo, que beneficiaría al menor y sería una muestra de auténtica corresponsabilidad. No dudamos que con esta propuesta se complicaría quizá la eficacia de su utilización ante cualquier problema con la organización empresarial, sin embargo, podrían buscarse mecanismos eficaces que garantizaran dicho disfrute, entre otros, sancionar al trabajador por su no disfrute. No debemos olvidar que el carácter obligatorio de dichas seis semanas es relativo, ya que no existe sanción alguna para el caso de incumplimiento de dicha previsión²⁹, lo que puede hacer que el trabajador decida no disfrutarlas sin más o ante la presión laboral las disfrute solo en parte.

Señalar que, con la reforma, al unificarse los antiguos permisos por maternidad biológica y paternidad en uno, la referencia legal al otro progenitor distinto de la madre biológica sustituye a lo dispuesto antes de la reforma que correspondía al permiso por paternidad.

El derecho a la suspensión del contrato por paternidad en el ET fue introducido por la LOI como permiso independiente del disfrute compartido del permiso de maternidad regulado en el artículo 48.4 del mismo texto legal³⁰. Este nuevo permiso fue la medida

28 Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.

29 En estos términos, BALLESTER PASTOR, M.A., “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”, *cit.*, p. 29.

30 Sobre el permiso de paternidad véase entre otros, ALAMEDA CASTILLO, M. J.: “Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad”, *cit.*, pp.

más innovadora que estableció la LOI para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral³¹. Se trataba de fomentar de esta manera, una mayor corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de obligaciones familiares en un marco creado por la LOI de corrección de la desigualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Era una medida que pretendía contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares³², liberando a la mujer de una carga que en la práctica le venía impuesta desde su incorporación al mercado de trabajo y le provocaba graves problemas a la hora de acceder, permanecer y promocionarse en dicho mercado laboral. Su duración inicial fue de trece días, ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo; y con la previsión de ampliar dicha duración inicial con el tiempo. Conforme a lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009³³, su duración se amplió hasta veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produjera en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia haya una persona con discapacidad. Esta duración se ampliaba en dos días más por cada hijo a partir de segundo, en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple (era un incremento único, no acumulable cuando concurriera más de una circunstancia). La Ley 9/2009 de 6 octubre de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida³⁴, modificada por la Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016³⁵, lo amplió a cuatro semanas, y la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018³⁶ a cinco semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión era independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso

.....

495-538; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Suspensión del contrato de trabajo por paternidad”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, editorial CISS, Madrid, 2007, pp. 714-732; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007; MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “Disposición adicional décimo primera, once. Disposición Transitoria novena: la suspensión del contrato de trabajo por paternidad” en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 707-753; CAROLINA GALA DURÁN, C., “El permiso por paternidad: un balance tras casi diez años desde su implantación balance tras casi diez años desde su implantación”, *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos : recursos humanos*, núm. 406, 2017, pp. 57-94.

31 Exposición de Motivos de la LOI.

32 Artículo 44 de la LOI.

33 BOE de 24 de diciembre de 2008.

34 BOE de 7 de octubre de 2009.

35 BOE de 30 de octubre de 2015.

36 BOE de 4 de julio de 2018.

regulados en los apartados 4 y 5 del artículo 48: parto y adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, respectivamente.

Teniendo en cuenta dicha duración diferente según el permiso de que se tratara, maternidad o paternidad, nuestro Tribunal Constitucional declaró en su sentencia 111/2018, de 17 de octubre³⁷, que la misma no era discriminatoria, pues la finalidad de ambos permisos era diferente, mientras que para la maternidad se protege la salud de la mujer, en la paternidad se trata de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con un voto particular en el que se considera que la diferencia de regulación constituye discriminación indirecta de las mujeres y limita su acceso al mercado laboral y su promoción profesional³⁸. La reforma provocada por el RD-L 6/2019, sigue la línea del voto particular para lograr una mayor corresponsabilidad familiar y evitar la discriminación indirecta de la mujer trabajadora madre.

En los últimos años, se han ido presentando iniciativas que ponen de manifiesto que los políticos y las instancias públicas son conscientes de la necesidad de que el régimen jurídico de los permisos destinados al cuidado de los hijos sea reformado, al objeto de conseguir una verdadera corresponsabilidad y, en consecuencia, poner fin a la diferente forma en la que están y son tratados en el ámbito laboral los hombres y las mujeres. A nivel de la Unión Europea, cabe destacar que el Parlamento Europeo y el Consejo, el 24 de enero de 2019, lograron un acuerdo provisional sobre la propuesta de la Comisión Europea de una nueva directiva relativa a la conciliación. Fruto de la misma, es la aprobación de la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; en ella, se regula por primera vez en ámbito comunitario, el permiso de paternidad. Es una norma que pretende dar un paso más allá en la lucha contra el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y profesional entre hombres y mujeres y los estereotipos y las diferencias de

.....

37 En la misma línea, la STC 117/2018, de 29 de octubre (BOE de 6 de diciembre de 2018): “La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7), sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social, (por todas, SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE)”.

38 Un comentario crítico sobre esta sentencia en GARCÍA TESTAL, E. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., “La discriminación por razón de género en relación con los permisos de maternidad y paternidad: La STC 111/2018, de 17 de octubre” *Diario La Ley*, núm. 9312, 2018. Este estudio analiza críticamente dicho pronunciamiento y reflexiona sobre la necesidad de cambiar la normativa sobre permisos parentales para lograr la corresponsabilidad entre los progenitores y coadyuvar a erradicar la discriminación indirecta que sufren las trabajadoras como consecuencia del actual régimen jurídico.

género. Reconoce, como factor destacado que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo, la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares, siendo como son ellas las que asumen principalmente el cuidado de hijos y familiares dependientes. “Las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema”; se intenta incentivar el que los hombres asuman la corresponsabilidad en el cuidado de familiares, fomentando la existencia de permisos remunerados, individuales y por tanto intransferibles, y cuya duración se vaya equiparando con los de las mujeres; así se establecen como derechos individuales, entre otros, un permiso de paternidad de diez días laborables de duración y remunerado y uno parental para que cada trabajador a nivel individual, disfrute de un permiso de cuatro meses para el cuidado del hijo antes de que cumpla como máximo ocho años, siendo dos de esos meses intransferibles y remunerados. Su entrada en vigor se produjo el pasado 1 de agosto, sin embargo se otorga como plazo para su trasposición hasta el 2 de agosto de 2022, momento en que quedará derogada la Directiva 2010/18/UE, sobre permiso parental. Ahora bien, las iniciativas presentadas en España son más ambiciosas que las reflejadas en la Directiva, como vemos.

2. EJERCICIO DEL DERECHO TRAS LA REFORMA

En el caso de maternidad biológica el parto es el punto de referencia en torno al cual gira el permiso y su disfrute, en principio, será después del parto; sin embargo, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista de parto según dispone nuestra ley tras la reforma sufrida por el RD-L 6/2019; con anterioridad a la misma, la madre biológica podía adelantar el disfrute del permiso el tiempo que ella considerase necesario, siempre que respetase las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto, no solo cuatro semanas.

Esta nueva posibilidad que tiene de distribución del permiso la madre, dado que el progenitor distinto a ella no puede adelantar a antes del parto el disfrute del permiso por nacimiento y cuidado de menor, parece que obedece a la tendencia imperante con la reforma de alcanzar la mayor unificación posible entre el disfrute por la madre biológica y el otro progenitor³⁹. Ante ese afán unificador del permiso, llama la atención que no se haya incluido la posibilidad de adelantar el ejercicio del permiso al padre u otro progenitor; podría habersele concedido, quizá por menos tiempo, entre otras razones por si el

.....

39 En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 75.

padre se encontrase desplazado por motivos laborales, y con la finalidad precisamente de poder acompañar a la madre en el momento del parto⁴⁰. Como argumento en contra de esta concesión al padre y a favor de la reforma, se podría alegar quizá, que de esta forma el menor, si los progenitores no disfrutaban a la vez del permiso, esté más tiempo atendido directamente por ellos. En la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, se establece la posibilidad de disfrutar parte del permiso de paternidad antes del parto si así lo permiten los Estados miembros.

Volviendo a la madre trabajadora, el que, tras la reforma, pueda adelantar únicamente cuatro semanas de permiso antes del parto, consideramos⁴¹ que es una restricción del derecho que podría ser contraria a lo dispuesto en el artículo 3.3 del Convenio OIT número 103, sobre la protección de la maternidad (1952), ratificado por España, donde primero se establece que el descanso obligatorio después del parto será como mínimo de seis semanas y se añade que el “resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”; claro que remite a lo que establezca la legislación nacional.

En sentido parecido se refleja en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992⁴², relativa a la aplicación de 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 período de lactancia⁴³, ya que en su artículo 8.1, se garantiza a la madre trabajadora 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”; dejando en este caso a la voluntad de la madre, el poder de distribución de dicho permiso antes y/o después del parto. No es tan claro porque matiza “con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

A favor de la nueva regulación tras la reforma, señalar que de esta forma la madre goza de un periodo mayor de descanso para el cuidado del menor de doce meses, que si parte lo alterna con el padre u otro progenitor es mejor para el menor; en realidad como ya hemos destacado con anterioridad para el caso del padre u otro progenitor.

En caso de riesgo para la salud de la madre o del feto en el periodo previo al parto, cabe decir que lo que procede es la suspensión por riesgo durante el embarazo o incapacidad temporal, según los casos. Son causas de suspensión autónomas, cuya duración no se des-

40 *Ibidem*, p. 74.

41 Para J.F. LOUSADA AROCHENA (“Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 75) que va más allá, es una restricción frontalmente contraria al convenio OIT número 103.

42 Véase cita anterior, p. 75.

43 DOCE de 28 de noviembre de 1992.

cuenta de la de nacimiento. En el caso de la incapacidad temporal, la madre puede optar voluntariamente por el descanso maternal antes del parto, pero si no es así, la situación habrá de mantenerse en sus propios términos hasta dicha fecha, en la que habrá de pasarse necesariamente a la suspensión por nacimiento. Si al finalizar esta última, persistiera la causa de la incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido⁴⁴.

Si se produce un error en la previsión médica de la fecha de parto, el descanso ha de prolongarse hasta la fecha verdadera, sin que pueda reducirse por esa causa “la duración del descanso puerperal obligatorio”⁴⁵. En la actualidad, con la nueva regulación, se evitan problemas que antes sí podían surgir si la trabajadora había distribuido su descanso colocando diez semanas antes del parto y dejando para después únicamente seis: el retraso de una semana en la fecha del alumbramiento obligaba a prolongar la suspensión, manteniendo intactas las seis obligatorias; de esta forma la madre disfrutaba de un periodo mayor de descanso. Con la regulación vigente como únicamente se pueden adelantar cuatro semanas de disfrute, lo que podría ocurrir en el caso de que el parto se retrase, es que se amplíe el número de semanas o días a disfrutar antes del parto restándolos del resto de semanas a excepción de las seis obligatorias, es decir de las otras seis que quedarían, si ya había disfrutado cuatro semanas. Sin embargo, no parece muy probable que el retraso del parto se extienda más allá de unos días y abarque más de las seis semanas restantes que estaban sin disfrutar aparte de las seis obligatorias; en estos momentos, los avances en las técnicas de seguimiento y protección de un embarazo permiten ofrecer una fecha probable de parto con bastante exactitud y precisión.

Otra novedad de la reciente reforma respecto al disfrute del permiso, consiste en que una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto que son de disfrute obligatorio y a tiempo completo, cada uno de los progenitores podrá distribuir el tiempo de descanso restante en periodos semanales que se pueden disfrutar de forma seguida, acumulada o interrumpida, hasta que el niño/a cumpla doce meses, en ampliándose así el periodo temporal durante el que se puede disfrutar el permiso. No obstante, el titular del derecho debe comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días el régimen de disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de los correspondientes períodos. Antes de la reforma citada, el disfrute del permiso debía ser ininterrumpido y el del otro progenitor o simultáneo o inmediatamente seguido al de la madre. La nueva regulación permite mayor margen de organización a los progenitores en el cuidado y atención del menor, sin embargo, no está exenta de críticas. Para la empresa, la posibilidad del disfrute de semanas interrumpidas a lo largo de un año, preavisadas cada una de ellas con quince días de antelación, puede traducirse en un problema

.....

44 Artículo 10.2 del RD 295/2009.

45 Artículo 3.4 Convenio OIT núm. 103.

en la organización empresarial del trabajo y en un menor rendimiento de la trabajadora y del trabajador; asimismo esta forma interrumpida de disfrute, podría no favorecer una desconexión del trabajo a los progenitores, lo que podría impedirles ocuparse y atender al menor con calidad, incluso no parece muy claro que puedan desentenderse, con libertad de acción, en este tipo de disfrute semanal, de las necesidades productivas de la empresa sobre todo si tenemos en cuenta la precarización en general de nuestro mercado de trabajo, y en particular del trabajo de las mujeres, y de cierta estigmatización de los trabajadores que ejercitan sus derechos de conciliación por parte no solo de la empresa sino del resto de compañeros/as⁴⁶. Asimismo, si se opta por el disfrute simultáneo del permiso, el menor estaría menos tiempo atendido y cuidado por sus progenitores, sin favorecerse de ese modo tampoco la corresponsabilidad, o un cuidado real por el otro progenitor, como ya hemos señalado. Se podría haber dispuesto un disfrute no simultáneo y en solitario de ese permiso voluntario o de una parte del mismo, por el bien del menor y por incentivar el disfrute en solitario del padre u otro progenitor, lo que produciría una mayor corresponsabilidad por la adopción de un papel más activo en el cuidado del hijo/a, evitándose así el papel de colaborador o ayudante de la madre y favoreciendo su relación con el hijo/a, como venimos manteniendo a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, y respecto a la maternidad biológica, no parece que con la reforma en este punto concreto se garantice la adecuada protección⁴⁷; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las 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, obliga en su artículo 8.1, a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias para que las trabajadoras disfruten de un permiso por maternidad “de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas” con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, por tanto señala que el disfrute del permiso debe ser ininterrumpido. Se podría entender siguiendo a la doctrina⁴⁸, que como con la nueva regulación española, producto del RD-L 6/2019, se establece el disfrute fraccionado como posibilidad no como obligación, la trabajadora no pierde su derecho a disfrutar el permiso de forma ininterrumpida si así lo decide, sin embargo no parece una interpretación que ayude a la mujer a disfrutar libremente de dicho permiso, al contrario, puede acabar teniendo problemas si su voluntad choca con las necesidades de la empresa, sin olvidar lo expuesto con anterioridad. Por tanto, la exigencia del disfrute ininterrumpido en la nor-

.....

46 BALLESTER PASTOR, M.A., “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”, *cit.*, p. 29. En este sentido también, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 75.

47 Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, pp. 74-75.

48 Véase BALLESTER PASTOR, M.A., “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”, *cit.*, p. 28.

mativa comunitaria, en modo alguno se puede considerar caprichoso o rígido, sino justificado y dirigido a proteger el disfrute de dicho permiso por parte de las trabajadoras⁴⁹.

En el caso del permiso de paternidad sin embargo, no parece que haya problemas en ese disfrute fraccionado del permiso en relación con el derecho comunitario, en cuanto que en la reciente Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, se establece la posibilidad de disfrutar dicho permiso con “arreglo a fórmulas flexibles” según determinen los Estados miembros. No obstante, y, aunque su disfrute interrumpido halle acomodo comunitario, ello no obsta a que los problemas que comentábamos con anterioridad se puedan seguir produciendo a la hora de su disfrute.

Antes de la entrada en vigor de la nueva regulación del derecho a la suspensión por nacimiento de hijo/a, en la norma reglamentaria de desarrollo, se preveían excepciones al carácter ininterrumpido del descanso, sin embargo en la actualidad con la nueva regulación ya no serían excepciones, sino situaciones en las que claramente se interrumpiría el disfrute del permiso: así el disfrute sucesivo del descanso cuando incorporada la madre al trabajo y disfrutando, por tanto, del derecho el padre u otro progenitor, éste se reincorporase voluntariamente al trabajo con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo⁵⁰; o cuando el progenitor distinto de la madre falleciese antes de completarlo⁵¹, o cuando sobreviniera alguna causa de revocación de la opción realizada a su favor⁵², supuestos todos ellos en los que la madre podría disfrutar, y por lo tanto reanudar, los períodos de descanso correspondientes hasta alcanzar la duración máxima.

Aunque el periodo de descanso por nacimiento se disfruta en principio en régimen de jornada completa, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o jornada parcial, previo acuerdo con la empresa, y conforme se determine reglamentariamente. Con la reforma se podría haber regulado la posibilidad del disfrute a tiempo parcial como auténtico derecho de la persona trabajadora, siendo como es un instrumento importante de conciliación, y sin necesidad de que su disfrute dependiera de una negociación y acuerdo con la empresa, y ello evitando el nuevo sistema fraccionado de disfrute⁵³. Dicho acuerdo que, según se recoge en la disposición adicional primera del RD 295/2009, puede celebrarse al inicio de la suspensión por nacimiento, o en un momento posterior, y extenderse a todo el período de descanso o a una parte del mismo, a excepción de las seis semanas obligatorias. Es un derecho que puede ejercitarse por la madre y/o por el padre u otro progenitor; y una

49 *Ibidem.*, p. 29.

50 Artículo 8.12 c) del RD 295/2009.

51 Artículo 8.5 del RD 295/2009.

52 Artículo 9 del RD 295/2009.

53 Al respecto, BALLESTER PASTOR, M.A., “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”, *cit.*, p. 29.

vez iniciado, solo podrá modificarse su régimen, mediante nuevo acuerdo por iniciativa de la persona trabajadora y por causas relacionadas con su salud o la del menor. Al ser en la actualidad un permiso con posible carácter interrumpido, la situación se complica. Entendemos que se podrá negociar el disfrute a tiempo parcial cada vez que se soliciten esas semanas de permiso con un preaviso de quince días; sin embargo de esta forma pueden causarse complicaciones al empresario en su organización empresarial y dificultades más si cabe, a las personas trabajadoras que deben negociar; sin olvidar que muchas veces la situación laboral de los mismos no es precisamente de estabilidad sino más bien de precariedad y no tienen muchas posibilidades de negociación, sin ignorar la posible estigmatización; y hallándose quizá todavía en peor situación muchas mujeres, como venimos señalando.

Asimismo, el periodo durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice y durante dicho periodo no podrán hacerse horas extraordinarias, salvo las necesarias “para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes” es decir a causa de fuerza mayor⁵⁴. Tampoco en ese tiempo se podrán disfrutar los derechos reconocidos en los artículos 37.4, 5 y 6 y 46.3 del ET, es decir del derecho a un permiso para el cuidado del lactante o por cuidado de un hijo/a hospitalizado prematuro, o del derecho a la reducción de jornada por cuidado de un menor de doce años o discapacitado o de un familiar, o de un menor con enfermedad grave; tampoco del derecho a la excedencia por cuidado de hijos/as o familiares.

La persona trabajadora, debe comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Sin embargo, no debemos olvidar que cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, la dirección empresarial podrá poner límites a su ejercicio simultáneo, por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas por escrito⁵⁵.

Parece que en el caso de que a la persona beneficiaria se le extinga la relación laboral a tiempo completo durante el descanso total por maternidad, hoy nacimiento de hijo/a, podrá convertir dicho descanso, una vez superadas las seis semanas posteriores al parto, en uno parcial, a fin de iniciar una nueva relación laboral a tiempo parcial o a tiempo completo⁵⁶.

.....

54 Disposición adicional primera del RD 295/2009.

55 Artículo 48.4 del ET.

56 Instituto Nacional de la Seguridad Social. Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Consulta de 4 enero (JUR 2019\190630 – Base Datos Aranzadi Social)Principio del formulario. Criterio de gestión: 1/2019; Fecha: 4 de enero de 2019. ASUNTO: Posibilidad de que la persona a la que se le extingue el contrato de trabajo durante el disfrute a jornada completa del descanso por maternidad, puede convertir dicho descanso en uno parcial, cuando inicie una nueva relación laboral. CRITERIO DE GESTIÓN: En el año 2009 la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica planteó a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) consulta relativa a la posibilidad de que una trabajadora a la que se le extinguió la relación laboral a

No podemos dejar de señalar, que como consecuencia del carácter intransferible del permiso por nacimiento, en la nueva regulación del mismo y cuando se aplique definitivamente, en principio a partir de enero de 2021⁵⁷, como sabemos, se elimina la posibilidad de disfrute de la totalidad de las dieciséis semanas por el otro progenitor cuando la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación conforme a las normas que regulan dicha actividad; y también se elimina la posibilidad, en el caso de fallecimiento de la madre biológica, de disfrutar de la parte que restase del descanso o de todo, con independencia de que ésta realizase algún trabajo o no. Respecto a este último supuesto podía haberse mantenido esta posibilidad e incluso extenderla al caso de fallecimiento del padre u otro progenitor. Con esta regulación se perjudica al menor, ya que no podrá tener la atención y cuidados de sus progenitores el mismo tiempo que otros menores cuyos progenitores vivan.

3. SITUACIONES ESPECIALES

3.1 Supuesto del menor con discapacidad

En el supuesto de nacimiento de un niño o niña con discapacidad, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas⁵⁸; dichas semanas, tras la reforma llevada a cabo por el RD-L 6/2019, se atribuyen una a un progenitor y la otra al otro. Esta ampliación, junto con otras ya existentes también como veremos, con la regulación vigente, se separan y unifican en el apartado 6 del artículo 48 del ET. Tal separación no presenta mayor trascendencia salvo a efectos de los periodos transitorios, pues, por aplicación lógica de las disposiciones transitorias, mientras la madre biológica disfruta de esas ampliaciones desde 1 de mayo de 2019, el otro progenitor no las disfrutará hasta el 1 de enero de 2021, dado que durante ese periodo transitorio tienen predeterminada la duración de sus permisos y en tal predeterminación no se tienen en cuenta las situaciones de ampliación⁵⁹.



tiempo completo durante el descanso total por maternidad pudiese convertir dicho descanso, una vez superadas las seis semanas posteriores al parto, en uno parcial, a fin de iniciar una nueva relación laboral. En aquel entonces la DGOS emitía informe denegando dicha posibilidad, lo que por parte de la Subdirección General se recogió en el criterio 9/2005. Dicho centro directivo ha reconsiderado las conclusiones del mencionado informe, por lo que en caso de que a la persona beneficiaria se le extinga la relación laboral a tiempo completo durante el descanso total por maternidad, podrá convertir dicho descanso, una vez superadas las seis semanas posteriores al parto, en uno parcial, a fin de iniciar una nueva relación laboral a tiempo parcial o a tiempo completo.

57 En el periodo transitorio no ocurre así.

58 Artículo 48.6 del ET.

59 LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 81.

En el marco de la regulación anterior al RD-L 6/2019, se entendía que la ampliación del periodo de descanso por tener un hijo o hija con discapacidad, se producía siempre que la valoración de la discapacidad resultara al menos de grado I moderado, por aplicación de la escala de valoración específica para menores de tres años (EVE) contenida en el Anexo 2 del RD 174/2011, de 11 de febrero por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia⁶⁰.

3.2. Supuesto de parto múltiple

Respecto a la ampliación del permiso en el supuesto de parto múltiple, ocurre lo mismo que en el caso anterior, la duración de la suspensión se amplía dos semanas por cada hijo o hija distinta del primero⁶¹. Asimismo tampoco en este supuesto la duración de dicha ampliación se ha visto alterada por el RD-L 6/2019, únicamente se ha repartido y se atribuye como consecuencia del mismo una semana para cada progenitor. Respecto a su regulación y efectividad, nos remitimos a lo ya expresado para el caso de discapacidad.

3.3. Supuesto de parto prematuro y de hospitalización del menor

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre biológica o del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria, aunque de dicho cómputo se excluyen las seis semanas posteriores al parto que son de suspensión obligatoria del contrato de la madre biológica⁶². Al referirse solo al periodo obligatorio de la madre, que lo debe disfrutar por motivos de salud, parece que el padre u otro progenitor, excepcionalmente en este caso, podrá disfrutar de todo o parte su periodo obligatorio después del parto o más tarde, cuando le den el alta al menor, volviendo de esta forma a su trabajo antes de que transcurra dicho periodo y pudiendo retomarlo con el alta de su hijo/a. Con esta medida se trata de facilitar el que los padres puedan dedicar la suspensión a uno de sus objetivos principales: cuidar y atender, así como relacionarse con su hijo en los momentos iniciales de su vida; algo que resultará difícil mientras se encuentre en el hospital. Para permitir las visitas hospitalarias la legislación laboral prevé la reducción de jornada y el permiso por nacimiento de hijo prematuro.

En los casos de parto prematuro con falta de peso y en aquellos otros en que el neonato

.....

60 BOE de 18 de febrero de 2011.

61 Artículo 48.6 del ET.

62 Artículo 48.4 del ET.

precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle⁶³. En este caso no se aclara si se beneficiarán los dos progenitores o uno de ellos y como se disfrutará. Quizá habrá que esperar a un futuro desarrollo reglamentario.

3.4. Supuesto de fallecimiento del hijo o hija

En el supuesto de fallecimiento del menor, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo⁶⁴.

3.5. Familias monoparentales

En este tipo de familias, la conciliación personal, familiar y laboral suele ser más difícil. En el caso de nacimiento de hijo/a, el único progenitor, tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo durante dieciséis semanas en los términos señalados, sin ninguna especialidad, lo que generalmente provoca que el menor esté menos tiempo cuidado y atendido que aquel menor que tenga a sus dos progenitores, siempre y cuando éstos no disfruten de sus permisos de forma simultánea. Consideramos que se podría haber aprovechado la actual reforma para mejorar la protección, ampliando la duración del permiso del único progenitor en el tiempo que se tendría si hubiera en dicha familia dos progenitores, por el bien del menor y para ayudar al único progenitor en su más complicada tarea de conciliar su vida personal, familiar y laboral; en consecuencia, defendemos, que su permiso debería aumentarse en diez semanas, ya que las seis de permiso obligatorio las deben disfrutar simultáneamente ambos progenitores, quedando únicamente entonces sin disfrutar las restantes diez semanas del segundo progenitor que en este caso no existe⁶⁵. Podría ocurrir que un aumento importante de la duración de dicho permiso, perjudicara al único progenitor en su trabajo, pero por otro lado las dificultades a la hora de conciliar le llevarían quizá a faltar más al trabajo, aunque fuera puntualmente, extremo que se evitaría probablemente alargando la estancia con el menor.

63 Artículo 48.4 del ET.

64 Artículo 48.4 del ET.

65 En la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 22 de junio de 2018), en su artículo 2, se propone: “En el supuesto de familia monoparental, la suspensión del único progenitor tendrá una duración de treinta semanas, ampliables en dos semanas más para cada uno de ellos en el supuesto de discapacidad del hijo y, por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple”.

4. REGIMEN TRANSITORIO

Como venimos comentando, existe un régimen transitorio de aplicación del cambio introducido por el RD-L 6/2019 que no afecta a la madre biológica, que puede disfrutar completamente de los periodos de suspensión regulados en esa norma desde su entrada en vigor; está regulado en la disposición transitoria 13 del ET. Sí afecta, en cambio, al otro progenitor, que a partir de esa fecha cuenta con un periodo de suspensión total de ocho semanas, de las cuales las dos primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. No obstante, la madre biológica podrá cederle en este periodo transitorio hasta cuatro semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio, que el otro progenitor habrá de disfrutar conforme a lo dispuesto en el artículo 48.4 del ET. Desde el 1 de enero de 2020, el otro progenitor contará con un periodo de suspensión total de doce semanas, de las cuales las cuatro primeras deberá disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto, si bien la madre biológica podrá cederle hasta dos semanas de su periodo de suspensión de disfrute no obligatorio, que habrán de disfrutarse en esos mismos términos. A partir del 1 de enero de 2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluidas las seis semanas de permiso obligatorio, con aplicación íntegra de la nueva regulación dispuesta en el RD-L 6/2019.

En tanto no se produzca la total equiparación en los periodos de suspensión de ambos progenitores, y en el periodo de aplicación paulatina, esa nueva regulación se aplicará con las siguientes particularidades⁶⁶: a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica de conformidad con el artículo 48.4 del ET; b) En el caso de nacimiento, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica, aunque en el momento previsto para su reincorporación al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal⁶⁷; c) En el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con acceso a prestaciones de acuerdo con las normas

66 Disposición transitoria 13ª.2 del ET.

67 Con la regulación anterior al RD-L 6/2019, la jurisprudencia había sostenido que la obligación de comunicar al empresario la opción del disfrute en favor del padre se justifica por razones organizativas y no cabe confundir con la comunicación que deba hacerse a la entidad gestora para que el padre pueda disfrutar del subsidio por maternidad, siendo así que en este último caso la normativa de Seguridad Social no impone el requisito de comunicar la opción en el momento de solicitar la prestación, lo que hace posible que se comunique con posterioridad sin que ello comporte la pérdida del derecho a la prestación [Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3749/2008) y de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1352/2017)].

que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de dieciséis semanas, sin ninguna limitación del régimen transitorio⁶⁸.

En este caso podría ocurrir que la vigencia de estas reglas transitorias se demorara, dada la inestabilidad política que impera en la actualidad, y como no hace mucho ha ocurrido, respecto a la duración del permiso de paternidad.

Por otro lado, para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto si lo disfruta la madre biológica como el otro progenitor distinto de la madre biológica, se establece una disposición transitoria específica⁶⁹ en la que se dispone que una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, es decir el periodo obligatorio de disfrute, si el periodo no obligatorio, es decir las diez semanas restantes en principio, se disfruta de manera interrumpida, el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación.

II

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

Tras la aprobación y entrada en vigor del RD-L 6/2019, se estableció con una regulación independiente de la del permiso por nacimiento, la del permiso por adopción, guarda o acogimiento; permiso que con anterioridad a dicha reforma se regulaba unido al permiso de maternidad y paternidad existentes. Esta separación clarifica su regulación,

.....

68 Según recogía el artículo 48 del ET antes de la reforma, y con su régimen reglamentario de desarrollo, si la madre no realizaba prestación de servicios alguna, no podía el padre disfrutar de ningún período de descanso por paternidad salvo en el supuesto de fallecimiento. En caso de que la madre trabajara y no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulaban dicha actividad, el otro progenitor tenía derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que se entendía compatible con el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato por el antiguo supuesto de paternidad; de esta forma quedaba sin efecto la doctrina asentada del Tribunal Supremo según la cual dado que el derecho correspondía originariamente a la madre, el supuesto de opción solo podría darse cuando se tratase de trabajadoras por cuenta ajena o funcionarias públicas, únicos colectivos que tenían derecho a suspensión de su prestación de servicios, no siendo el caso de una madre registradora de la propiedad [STS de 28 de diciembre de 2000 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1479/2000)], de una trabajadora autónoma [STS de 18 de marzo de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1042/2001)] o respecto de una abogada no incluida en la Seguridad Social [STS de 20 de noviembre de 2001 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 201/2001)].

69 Disposición Transitoria 32ª del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS).

y es razonable, ya que son permisos parecidos pero que protegen situaciones diversas de partida.

La adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento de menores, son causa de la suspensión del contrato de trabajo según se dispone en el artículo 45.1.d) del ET y se regulan en el artículo 48.5 del ET, donde se recogen unas reglas que también han sido modificadas por el reciente real decreto, con las consiguientes precisiones de carácter transitorio de la disposición transitoria 13 del ET. En este supuesto de suspensión, en contraste con la suspensión por nacimiento analizada, el objetivo exclusivo de nuestra norma laboral es facilitar el contacto entre la familia adoptante o que acoge y el menor adoptado o acogido, favoreciendo su integración familiar y su cuidado.

La adopción produce la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen⁷⁰ y se constituye mediante resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes⁷¹ para el ejercicio de la patria potestad⁷². Otra situación protegida según la ley, es la guarda con fines de adopción, de conformidad con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen⁷³. Por último, nuestra ley hace referencia al acogimiento familiar. Mediante el acogimiento no se rompen los vínculos previos de parentesco, sin embargo “produce la plena participación del menor en la vida de la familia”⁷⁴. Se constituye por decisión administrativa, salvo que haya oposición de los padres o el tutor del menor, en cuyo caso será decidido por el Juez⁷⁵. Para que se produzca el derecho a la suspensión del contrato de trabajo el acogimiento protegido por nuestro ET debe ser por más de un año; de esta forma solo dan derecho a la suspensión contractual dos de las posibles modalidades de acogimiento de las establecidas por nuestra legislación civil⁷⁶: el acogimiento familiar temporal y el acogimiento permanente; el acogimiento de urgencia no, ya que es sobre todo para menores de seis años y de duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda⁷⁷.

Nuestra ley protege asimismo la adopción y acogimiento internacionales, ya que se consideran, jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente o simple españoles, “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones

.....

70 Artículo 178.1 del CC.

71 Dicha idoneidad, según se recoge en nuestro CC, es “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción” (artículo 176.3 CC).

72 Artículo 176.1 del CC.

73 Artículo 173 ter del CC.

74 Artículo 173.1 del CC.

75 Artículo 173 del CC.

76 El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos (artículo 173 bis del CC): a) Acogimiento familiar de urgencia, b) Acogimiento familiar temporal y c) Acogimiento familiar permanente.

77 Artículo 173 bis del CC.

judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación. No se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente”⁷⁸.

Como elemento a tener en cuenta para poder disfrutar del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, se encuentra la edad del menor, la adopción o el acogimiento deben ser de menores de seis años, si bien cabe que se produzca a menores de edad mayores de seis años si se trata de menores con discapacidad que acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía⁷⁹, o cuando se trate de menores que “por sus circunstancias y experiencias personales” o “por venir del extranjero” tengan especiales dificultades de inserción social o familiar, circunstancias que habrán de ser acreditadas por los servicios sociales competentes⁸⁰. Para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años⁸¹.

Las modificaciones introducidas por el RD-L 6/2019 en la materia, se producen prácticamente en paralelo a lo establecido para el permiso por nacimiento, como a continuación se verá, y por ello, haremos únicamente una breve aproximación a ellas; de la misma forma que las críticas o reflexiones vertidas en estas páginas para aquel supuesto podemos extrapolarlas al que ahora nos ocupa en cuanto su regulación sea coincidente.

1. CONTENIDO DEL DERECHO

Para los adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores, el RD-L 6/2019 establece como hemos señalado, una regulación diferenciada del permiso por nacimiento en el artículo 48.5 del ET, donde se concede un derecho a la suspensión del contrato de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. Es un derecho individual de la persona trabajadora, y por tanto su ejercicio no puede transferirse al

.....
78 Artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. En este sentido lo recogió la disposición adicional quinta de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

79 Artículo 2.3 Real Decreto 295/2009.

80 Artículo 45.1.d) del ET.

81 Artículo 2.3 Real Decreto 295/2009.

otro adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor. Cuando los dos adoptantes, guardadores o acogedores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las diez semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito. De ese periodo total de dieciséis semanas, seis semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Las diez semanas restantes se podrán disfrutar de la misma forma que lo expuesto para el permiso por nacimiento con la diferencia del punto de partida para su cómputo, en aquel es el parto y en éste la resolución judicial o la decisión administrativa correspondiente. En el caso de producirse una adopción internacional, y como ya ocurría antes de la actual reforma provocada, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión previsto, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

No debemos olvidar que en ningún caso un mismo menor dará derecho a varios periodos de suspensión en la misma persona trabajadora, es decir, el mismo menor no puede generar primero un permiso por guarda o acogimiento y luego otro por adopción.

Por otra parte, los trabajadores que ejerciten este derecho se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubieran podido tener derecho si, en lugar de la suspensión del contrato de trabajo, hubieran prestado servicios efectivamente⁸².

2. SUPUESTOS PARTICULARES

En el supuesto de discapacidad del menor, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores; esta distribución es producto de la reforma llevada a cabo por el RD-L 6/2019. Nos remitimos a lo señalado en el caso del nacimiento sobre la valoración de la discapacidad del menor.

Otro supuesto particular en el que procede ampliar la duración del permiso es el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada menor distinto del primero. La ampliación también será de dos semanas por cada menor a distribuir una para cada uno de los adoptantes, guardadores o acogedores.

.....
82 Artículo 48.9 del ET.

Son situaciones reguladas en nuestro ET en su artículo 48.6, en sentido similar tanto para el caso de nacimiento de hijo/a como para los casos de adopción, guarda o acogimiento, como vemos. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la suspensión por nacimiento, el fallecimiento del menor en la regulación del permiso por adopción, guarda o acogimiento, no se contempla; aunque consideramos, siguiendo a la doctrina⁸³, que es posible el disfrute de todo el periodo suspensivo en estos casos por aplicación analógica de lo establecido para el permiso por nacimiento, y siempre que pasadas las seis semanas de descanso obligatorio, no se solicite la reincorporación al trabajo.

3. RÉGIMEN TRANSITORIO

Para la aplicación de las modificaciones del presente permiso, como ocurría en el caso de nacimiento de hijo/a, existe un régimen transitorio que se regula también en la disposición transitoria 13ª del ET; en ella se distinguen dos situaciones desde el punto de vista temporal:

- Desde la entrada en vigor del RD-L 6/2019, en el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, cada progenitor dispone de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a las seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as pueden disponer de un total de doce semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o bien a la decisión administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.5 del ET. Cada progenitor puede disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las doce semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las doce semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.

.....

83 Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., “Maternidad y conciliación en el trabajo...”, *cit.*, p. 80.

- A partir de 1 de enero de 2020, cada progenitor dispondrá de un periodo de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Junto a esas seis semanas de disfrute obligatorio, los progenitores/as podrán disponer de un total de dieciséis semanas de disfrute voluntario que deberán disfrutar de forma ininterrumpida dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial o bien a la decisión administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 48.5 ET. Cada progenitor podrá disfrutar individualmente de un máximo de diez semanas sobre las dieciséis semanas totales de disfrute voluntario, quedando las restantes sobre el total de las dieciséis semanas a disposición del otro progenitor. Cuando los dos progenitores que ejerzan este derecho trabajen para la misma empresa, ésta podrá limitar el disfrute simultáneo de las dieciséis semanas voluntarias por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas por escrito.
- A partir del 1 de z de 2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, siendo de aplicación íntegra la nueva regulación del RD-L 6/2019.

Durante el periodo de aplicación paulatina, y 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, dentro de los límites de disfrute compartido establecidos para cada año del periodo transitorio. Tales periodos podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre empresarios y trabajadores afectados, en los términos reglamentariamente determinados.

En este caso podría ocurrir lo mismo que lo señalado respecto a las reglas de transitoriedad establecidas para el permiso por nacimiento, su vigencia puede ser demorada dada la inestabilidad política que impera en la actualidad.

Asimismo, en el supuesto que analizamos de suspensión del contrato de trabajo, se debe aplicar lo dispuesto en la disposición transitoria 32ª de la LGSS para el abono del periodo no obligatorio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, donde se incluyen la protección por adopción, guarda y acogimiento, pues si ese periodo no obligatorio se disfruta de manera interrumpida el abono de la prestación no se producirá hasta el agotamiento total del disfrute en tanto no se realicen, por parte de la Entidad Gestora, los desarrollos informáticos necesarios en los aplicativos de gestión, trámite y pago de la citada prestación.