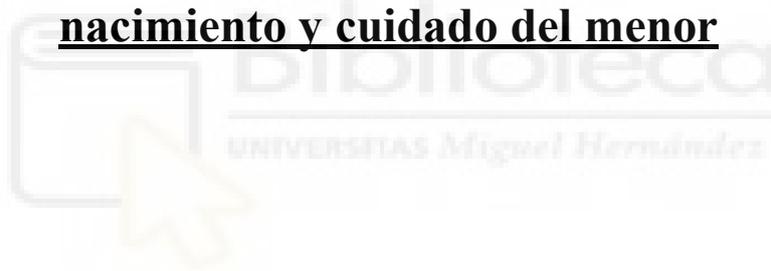


TRABAJO FIN DE GRADO DE ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN
DE EMPRESAS

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE.

**Suspensión del contrato y prestación por
nacimiento y cuidado del menor**



Curso: 2021/2022

Alumna: Bárbara Antón Infantes

Tutor: Joaquín Parejo Pérez

Índice

Resumen	4
Introducción	5
Marco Teórico	6
Evolución histórica del permiso de maternidad/paternidad.....	6
Actuaciones empresariales discriminatorias respecto a la igualdad de hombres y mujeres	13
Actuaciones empresariales positivas respecto a la igualdad de hombres y mujeres	15
Protección de la Maternidad en España	16
Suspensión por nacimiento y cuidado del menor.....	20
Finalidad de la suspensión.....	22
Efectos de la suspensión	23
Prestaciones por maternidad en la Unión Europea (UE) y otros países	28
Subsidio por nacimiento y cuidado del menor	30
Beneficiarios.....	31
Requisitos	31
Situaciones asimiladas al alta	32
Duración	33
Cuantía del subsidio	34
Nacimiento y cuidado del menor, incapacidad temporal y desempleo.	35
Objetivos.....	36
Objetivo General.....	36
Objetivos Específicos	36
Análisis	37
Conclusiones.....	40
Referencias	43

Legislación	45
Jurisprudencia.....	46
Anexos.....	47
1. Cuadro resumen de duración del subsidio por nacimiento según el art. 48.4,5,6,7,8 y 9 ET	47
2. Cuadro resumen de duración del subsidio por nacimiento según el art. 49.c) EBEP	48



Resumen.

La suspensión por nacimiento y cuidado del menor es el nombre que reciben los permisos de maternidad y paternidad con la modificación del RDL 6/2019, estableciendo una nueva regulación, donde se consideran situaciones protegidas: el nacimiento, que comprende el parto y el cuidado del menor de doce meses, la adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar. Es así que se extienden, a ambos progenitores, los mismos derechos en materia de seguridad laboral con la finalidad de eliminar las desigualdades de género y apuntar hacia una real y efectiva corresponsabilidad parental.

En el presente trabajo se busca analizar la situación del subsidio por nacimiento y cuidado del menor en España desde la perspectiva de las leyes nacionales e internacionales, de modo de establecer el estado del arte sobre esta cuestión, describir su marco legal y jurisprudencial, para así dar caracterización a este subsidio desde una perspectiva de género en Europa y España

Palabras clave: suspensión por nacimiento, maternidad, paternidad, igualdad de género, corresponsabilidad

Abstract.

The suspension due to birth and care of minors is the name that receives the maternity and paternity leave after the modification of the RDL 6/2019, setting a new regulation where the birth, as labor and care of the minor under 12 months, adoption, guards with the objective of adoption, and fostering, are considered protected situations. Because of this, equal rights are extended to both parents, in terms of job security, aiming to eliminate gender inequality and for an effective parental co-responsibility.

This work aims to analyze the situation of the subsidy for birth and care of the minor in Spain from the perspective of international and national law, so a state of the art of the situation can be established, describing its legal and jurisprudential framework, so the characteristics of this subsidy, under the scope of gender perspective in Europe and Spain can be established.

Key words: suspension due to birth, maternity, paternity, gender equality, co-responsibility

Introducción.

En materia laboral el género femenino ha luchado por que se reconozca sus derechos en todos los ámbitos. Para nadie es un secreto la lucha de las mujeres por la igualdad de derechos con respecto a de los hombres, incluso en algunos países la lucha es para que al menos sean consideradas ciudadanas con voz y voto.

En esas luchas, la reivindicación de sus derechos y su incorporación en el área laboral, ha traído como consecuencias muchos cambios de leyes y normas, para evitar la discriminación, aportar igualdad de género y de esta manera considerar el reto que significa equilibrar la vida familiar con la laboral.

Por todo esto en España se crea la ley 39/1999 del 5 de noviembre, la cual buscaba promover la conciliación de la vida familiar y laboral de cualquier persona trabajadora y tiene como objeto equilibrar las responsabilidades de la vida profesional y la vida privada. Según Gorelli¹ a partir de esta ley, el término "conciliación" se integra de forma sólida en el ordenamiento jurídico interno y ha sido objeto de una evolución normativa mediante la cual se han ido disponiendo distintos medios para conjugar la vida familiar y la laboral.

Asimismo, el autor señala que, a grandes rasgos, la conciliación comprende "un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar que el trabajador pueda armonizar o coordinar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal"

Por tal motivo, esta ley, trajo una serie de medidas que como ya se ha señalado anteriormente permitían al trabajador el asumir cualquier tipo de responsabilidad laboral que fuesen compatibles con su nueva faceta familiar.

¹GORELLI, J. "Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019", González Ortega, Santiago (Coord.). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2020. p. 126

Marco Teórico.

Evolución histórica del permiso de maternidad/paternidad.

Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, el 01 de abril de 2019, referente a la ampliación del permiso de paternidad, es bastante lo que se ha comentado a favor de estos cambios. Para iniciar este decreto, trajo en su momento parar un poco la desigualdad laboral entre hombres y mujeres .Es por tal motivo, que uno de los cambios más significativos fue la ampliación de dicho permiso de 5 semanas a 8 semanas.

Esto buscaba que no existiese ningún tipo de discriminación a la hora de la selección de personal para algún cargo vacante. Para nadie es un secreto que algunas empresas prefieren no contratar mujeres por la ya conocida baja de maternidad, es por tal motivo que la meta del legislador es que ambos padres tengan el mismo tiempo de permiso y con esta medida fomentar una verdadera igualdad al momento de selección de personal.

Para comprender un poco lo que está sucediendo en el presente, sirve repasar y revisar un poco lo que ocurrió en el pasado, iniciando en el 1900, donde se vislumbraron lo que sería un muy incipiente permiso de maternidad y de lactancia, el cual quedó tipificado en el Artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900. En el mismo se señalaba que las mujeres podían solicitar un permiso en el trabajo por alumbramiento, asimismo señalaba que solo se podría conservar el puesto de trabajo 3 semanas después del parto.

En este mismo orden de ideas, en esa primera ley se expresaba que aquella mujer que tuviera hijos en periodo de lactancia tendría una hora al día dentro de las horas laborales para amamantar a sus hijos, y tipificaba que dichas horas bajo ningún concepto serian descontables a la hora de cobrar la jornada laboral.

Sin embargo, para el año 1931, con la llegada de la II República, se reconoce y se establece en España el primer permiso de maternidad, aunque para esos años se conocía como seguro obligatorio de maternidad, el mismo daba un subsidio y un periodo de descanso por 12 semanas a las madres.

Esto viene enmarcado en lo que se conoce como una buena época legislativa en nuestro país, ya que en esa misma época se aprobaba el divorcio y el matrimonio civil, pero con la llegada de la guerra y posterior instauración del régimen franquista todos estos avances fueron desechados.

Durante el tiempo que duro el régimen franquista el acceso de la mujer al campo laboral se limitó en gran medida, y esta situación afectó aún más a las que ya estaban casadas, ya que eran contempladas solamente para dedicarse al cuidado del hogar, hijos y esposos. Siendo el proveedor del hogar el hombre, algo que ocurrió también en esta época de guerra y post guerra, fue la baja tasa de natalidad por tal motivo se crearon subsidios familiares como ejemplo la ayuda a familias numerosas.

Para los años siguientes de la dictadura entre los años 50 y 60 con una población más activa y mucho más campo laboral, así como también la expansión industrial del país, era necesario que la mujer se fuese incorporando cada vez más a la fuerza trabajadora.

En los años 70 ya la figura femenina integrada en el mercado laboral, se promulga el decreto del 20 de agosto de 1970, en el cual otorgaba la posibilidad de que una mujer en estado de gravidez tomara una baja temporal entre 1 año a 3 años.

Con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, y la llegada de la democracia, queda estipulado en el artículo 48 del antes mencionado estatuto que la suspensión y reserva del puesto de trabajo sería de 14 semanas para la madre tras el alumbramiento, y para el padre solo se menciona en el artículo 37B que tendría 2 días de permiso para nacimiento del hijo y 4 días en caso de fallecimiento.

Es entonces que 9 años más tarde, en 1989 se incrementa el permiso de maternidad de 14 semanas a 16 semanas, y si es un parto múltiple a 18, de manera ininterrumpida, siendo las 6 primeras semanas inmediatas posteriores al alumbramiento y disfrutadas exclusivamente por la madre, y de las otras 10 semanas restantes, 4 podrían ser otorgadas en permiso al padre siempre y cuando la madre diera el consentimiento y no coincidiera con las disfrutadas por ella.

De lo anteriormente expuesto se anexa el artículo 48 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores el cual expresa lo explicado anteriormente:

«En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso de éstas el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre».

No obstante, en el caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud.

En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas, contadas a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Si el hijo adoptado es menor de cinco años y mayor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas. En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho.

En los siguientes 30 años se produjeron grandes mejoras, sin embargo, el permiso se mantiene en 16 semanas, y para el caso del padre no habían existido grandes cambios. Solamente los hubo en el año 2007, donde se amplía el permiso de 4 días a 13 días ininterrumpidos, y para el año 2017 el permiso de paternidad se ampliaría de 13 días a 28 días y luego, nuevamente en el año 2018 se extiende de 28 días a 35 días.

Es entonces para el año 2019 que entra en vigencia un nuevo permiso que aumenta los 35 días de permiso de paternidad a 8 semanas, para que posteriormente en el 2020 el permiso llegara a 12 semanas y finalmente en el año 2021 el permiso se estipularan de 16 semanas, lo que significa una tremenda igualdad de género en el campo laboral.

Principio de igualdad y no discriminación

Para comenzar, se definirá el principio de igualdad, su alcance y contenido de acuerdo con el tratamiento de este término en la Constitución Española (en adelante, CE):

El art. 1 de la CE, reza *«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»*, con lo que se proclama junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político, la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico nacional.

El art. 9.2 de la CE, establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

El art. 14 de la CE, propone, y esto constituye el núcleo jurídico efectivo del derecho a la igualdad que *«los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión»*. En este caso, el art. 14 de la CE estipula una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley; cuando existe una diferencia de trato en situaciones comparables, se rompe el equilibrio y el Derecho debe restaurar la igualdad. Sobre este punto, la prohibición de discriminación por razón de sexo se fundamenta en la voluntad de acabar con la situación histórica de inferioridad de la mujer, en la vida social y jurídica. Por lo cual, siguiendo unánimemente doctrina científica, la prohibición de discriminación entre sexos, impone que la distinción entre los mismos sólo pueda ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando un principio también vigente en materia de empleo.

El art. 24.1 de la CE, asociado al derecho de tutela judicial efectiva en relación al principio de igualdad, estipula que *«todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»*. Finalmente, en relación con la introducción del concepto, el art. 35.1 de la CE, indica que *«todos los*

españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo». Cabe destacar dos enunciados, la «igualdad ante la ley» y la prohibición de discriminación «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Ahora bien, respecto a la discriminación laboral, en el ordenamiento interno existe una amplia normativa. Y esta protección se plasma en una serie de medidas legislativas concretas, cuando se prueba que ha habido una infracción. Así también, el art. 314 Código Penal (en adelante CP) señala la discriminación «grave» como delito contra los derechos de los trabajadores:

«Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.»

De aquí se puede extraer que este delito está sometido a la concurrencia de tantos requisitos, aunado con la gradualidad impuesta al acto discriminatorio, que su aplicación es extremadamente difícil, por cuanto requiere: *primero*: un acto de discriminación en el empleo; *segundo* que concurren uno de los móviles discriminatorios descritos en la ley que, al igual que el art. 22.4 CP, no abarcan todas las formas de discriminación; *tercero*: que exista una intervención previa de la administración con un requerimiento o sanción administrativa al empleador; *cuarto*: que este último no restablezca las condiciones de igualdad ante la ley tras el antes

mencionado requerimiento o sanción; y *quinto*: que no se reparen los daños económicos causados.

Entonces, únicamente cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos citados en el párrafo anterior, la conducta discriminatoria se castiga en términos penales. De acuerdo con los datos de la Fiscalía General del Estado (2020) «no hay registros de una sola sentencia condenatoria en toda España aplicando dicho precepto, habiéndose convertido en un claro ejemplo de lo que se denomina derecho penal simbólico. Se hace pues imprescindible una reforma de este artículo que, sin renunciar al principio de intervención mínima del Derecho penal y a la eficacia de la jurisdicción laboral caracterizada por la existencia del principio de inversión de la carga de la prueba, permita su aplicación a los casos más graves de discriminación en el ámbito laboral»

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) en consonancia con el principio de igualdad, establece el marco normativo dentro del cual, tanto mujeres como hombres, gozan de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral:

El art. 4.2.c) del ET, establece que, en la relación de trabajo, las personas trabajadoras tienen derecho *«a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español»*. Del mismo modo, amplía la imposibilidad de discriminación por razón de discapacidad, *«siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate»*.

El art. 7.c) del ET, reconoce la capacidad para contratar ciudadanos extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre la materia.

El art. 17.1 del ET, estipula que *«se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en*

materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta (...) por razón de sexo (...)».

El art. 9.3 del ET, el nuevo apartado 3 al artículo 9 ET añadido por el RDL 6/2019, de 1 de marzo especifica: *«en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor»*.

El art. 22.3 del ET, igualmente modificado por el RDL 6/2019, establece la necesidad de que *«la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1»*.

El art. 28 del ET, dentro del deber de igualdad de remuneración, estipula la obligación de la empresa de *«pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella»*.

El art. 55.5 del ET, compartiendo redacción con el art. 53.4 del ET en los supuestos de extinción por causas objetivas, donde se considera nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de las personas trabajadoras, junto con una serie de supuestos concretos como:

- El de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural [art. 45.1.d) y e) del ET] o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos (arts. 37.4, 5 y 6 del ET), o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia (art. 46.3 del ET); y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el texto estatutario.
- El de las personas después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad (art. 45.1.d) del ET) siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.

En este sentido, resulta especialmente significativo lo previsto en los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: *«el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. La 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».*

- *Actuaciones empresariales discriminatorias respecto a la igualdad de hombres y mujeres*

La discriminación laboral en España más frecuente, es la que distingue entre hombres y mujeres. De acuerdo con las cifras de Eurostat, en 2018, la brecha salarial en España era del 14%, y este porcentaje se eleva hasta el 20% en 2020 según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE). De acuerdo nuevamente con el INE se sitúa en 2021 en el 21,4%, aun cuando ya se ha visto que la normativa sanciona con

severidad a las empresas que lleven a cabo este tipo de políticas. Para el año pasado, y según datos del Sindicato de técnicos del Ministerio de Hacienda (2021), la diferencia salarial entre hombres y mujeres en España se eleva a 4.915 euros al año.

Los actos discriminatorios pueden ser, principalmente, directos o indirectos o múltiples:

La discriminación laboral directa ocurre cuando un trabajador recibe un trato laboral peor que el de otro en su misma situación y esto se percibe de manera clara y visible, esto es, discriminación laboral directa, por razones de género, edad, raza, etc. Esta es cada vez es menos frecuente este tipo de discriminación puesto que está prohibida por ley.

Un ejemplo de discriminación laboral directa sería el caso de trabajador que labora un número determinado de horas a cambio de un salario mientras una trabajadora hace lo propio, excepto que tiene más horas por un salario menor.

La discriminación laboral indirecta se produce cuando, en una situación laboral aparentemente neutral, se ocultan prácticas discriminatorias. Ésta es más frecuente, ya que resulta más complicada de demostrar. Un ejemplo de ello es una oferta de empleo que no distingue entre hombres y mujeres, pero en la que el empresario tiene claro que solamente contratará a una mujer para el puesto, como una secretaria o una camarera.

También ocurre cuando una empresa ofrece iguales salarios para los mismos puestos de trabajo, pero, en la práctica, los puestos de menor rango están ocupados mayoritariamente por mujeres.

La discriminación laboral múltiple es la que se produce por diversas razones al mismo tiempo. No hay unas causas concretas sino diferentes a la vez. Por ejemplo, ser mujer y pertenecer a una determinada religión.

Estos, y otros tipos de situaciones de discriminación laboral en el trabajo, tienen consecuencias muy negativas para los empleados que las sufren, desde el punto de vista moral, personal y emocional tanto como en el desempeño profesional, ya que provoca un descenso en su rendimiento y productividad y su falta de motivación y compromiso.

En la legislación también se contemplan otras medidas. Así, es obligatorio que las empresas con más de 50 empleados cuenten con un registro de las retribuciones de sus trabajadores con el fin de evitar que, para un mismo puesto, unos empleados cobren más o menos que otros sólo por el hecho de ser hombres o mujeres. Es parte de la obligación que ahora tienen las empresas de acogerse a planes de igualdad salarial. Las compañías que no cuenten con un plan de igualdad, estando obligadas a ello, incurrirán en una falta muy grave y se expondrán a multas de entre 6.250 y 178.500 euros.

- *Actuaciones empresariales positivas respecto a la igualdad de hombres y mujeres.*

La acción positiva es una estrategia destinada a alcanzar la igualdad de oportunidades mediante la aplicación de medidas específicas que contrarresten y corrijan situaciones patentes de desigualdad de hecho, que son resultado de prácticas o de sistemas de comportamiento tradicionales. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, deben de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso (art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007).

También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley (art. 11.2 de la Ley Orgánica 3/2007). En este sentido, la Ley Orgánica 3/2007 modificó en su momento el art. 17 del ET, añadiendo la posibilidad, vía negociación colectiva, de adoptar este tipo de medidas y en concreto, la de fijar reservas y preferencias del sexo menos representado en las condiciones de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación.

En general y al amparo del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, los planes de igualdad fijarán medidas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad respecto a los hombres. Obviamente, estas medidas tienen carácter temporal, se utilizan para eliminar situaciones de desigualdad detectadas, y serán razonables y proporcionadas en relación con el objetivo que las promueva.

Como ejemplos de acciones positivas se tienen las siguientes:

- Arbitrar medidas compensadoras de tal modo que, a igual mérito y capacidad, acceda la persona cuyo género esté subrepresentado en una categoría o función determinada.
- Formar a las mujeres para que analicen, describan y valoren correctamente las tareas que desempeñan en sus puestos de trabajo, etc.

Protección de la Maternidad en España.

Al hablar de la protección del embarazo, la lactancia y la maternidad, se puede decir que se ha considerado como una de las primeras normas al momento de entablar reformas en leyes laborales, al hablar de la mujer en el mundo moderno se puede detallar la masiva incorporación del género en el ámbito laboral. Las sociedades han evolucionado y cambiado y por ende el concepto tradicional de institución familiar el cual establecía, que la mujer estaba en el hogar y el hombre salía a trabajar.

En la actualidad la inclusión de ambos sexos tanto en la atención y cuidado de la familia, así como la división de las diversas de las tareas domésticas, es indicativo de que poco a poco va quedando atrás los estándares que encasillaban a la mujer como única cuidadora del hogar. También es necesario mencionar la evolución en la independencia económica que ha tenido la mujer así como la superación personal y como han ganado espacio incluso en las aulas de clases, buscando su profesionalización siendo de gran aporte a la sociedad, en fin la tendencia de la conquista de terreno de la mujeres en diversos ámbito trae como consecuencia la igualdad de la vida familiar. Es por todo ello que la evolución de las leyes era algo inevitable.

En España, la CE, señala diversos preceptos en el área de la seguridad social entre los que podemos mencionar: el art 41, el cual establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Algo que debemos señalar de este artículo es que, el mismo, se refiere a

todos los ciudadanos y no solo a los trabajadores, dejando un espacio abierto para las prestaciones no contributivas de la seguridad social, las cuales también se fijan de manera ordinaria en la maternidad.

Expresamente, el art. 39 señala:

«Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Con este artículo, el Estado garantiza la protección jurídica, económica y social de la familia, sobre todo de la maternidad y paternidad.

En este mismo orden de ideas, en el año 1999 se promueve la ley 39/1999 del 5 de Noviembre, que, como se mencionó anteriormente, busca la incorporación y equilibrio de la vida familiar y profesional e introduce el termino conciliación en el ordenamiento jurídico

Con este último término se define, según López a «un conjunto de medidas normativas a través de las cuales se pretende facilitar que el trabajador pueda armonizar o coordinar el tiempo dedicado al trabajo con la atención de responsabilidades de carácter familiar o personal».

En base a todo lo anteriormente expuesto, y citando el artículo 45 en su literal D, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), señala: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil (en adelante, CC) o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de

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

Asimismo, el artículo 44.3) de la Ley Orgánica 3/2007, hace un importante cambio donde se reconoce al otro progenitor, distinto de la madre biológica, el derecho a un permiso individual, exclusivo e intransferible y a una prestación, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social, todo ello en aras de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares². También se incluyeron mejoras en el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, ampliándolo en dos semanas para los casos de hijo/a con discapacidad, pudiendo hacer uso de dicha ampliación indistintamente ambos progenitores

Es entonces cuando nuestro ordenamiento jurídico específicamente en el ET contempla la maternidad, no solo biológica si no el cuidado del menor como motivo de suspensión del contrato de trabajo. Sin embargo, hay que destacar que el término de suspensión no se refiere a la finalización de la relación laboral si no una pausa en la misma.

Todo esto ha sido concebido con la finalidad de fomentar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como derecho básico de las personas trabajadoras. Establece "El derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. El derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación."

Es sumamente importante destacar que en la reforma más reciente del RD, en el ordenamiento jurídico español, los términos de permiso de maternidad o paternidad ya no existen, y en consecuencia, se habla de la suspensión de contrato,

² CORDERO, V. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo*. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, 7(3). 2019. p. 7.

denominándose «Permiso por nacimiento y cuidado del menor». De este modo, el nuevo «permiso por nacimiento» unifica en el mismo los permisos de maternidad y paternidad³. El principal objetivo de esta equiparación en la denominación, radica en reforzar la finalidad de la corresponsabilidad, «eliminando el título por el que se ejerce (madre o padre)», de tal forma que el permiso por nacimiento surge «con relación al hecho físico del parto, constituyendo un derecho de igual configuración para la madre biológica y para el otro progenitor»⁴

Este cambio terminológico, puede parecer irrelevante, pero tiene mayor alcance al hacer un análisis más detenido, donde su objetivo principal es la equiparación de los anteriores permisos de maternidad y paternidad. En sí, su objeto principal consiste en fomentar el reparto de las responsabilidades familiares, de ahí que, el permiso sea intransferible. En este sentido Ballester⁵ establece que la expresión "permiso por nacimiento" puede inducir a la confusión acerca de su verdadero propósito, ya que "da una falsa (o, al menos, confusa) sensación de que su función primordial es el cuidado, aunque insista en su carácter intransferible"

También es importante destacar que el término que usa el RD es "progenitor," el cual engloba la figura de ambos padres y, así mismo, iguala derechos entre madres y padres biológicos y adoptivos.

Ahora bien, cuando se habla de la suspensión del trabajo en las diversas reformas que ha tenido el RD, en principio se establecía la suspensión del contrato por nacimiento con una duración de 8 semanas, de las cuales las 2 primeras, deberán ser disfrutadas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. Posteriormente en la reforma realizada en enero de 2020, se aprobó una duración de 12 semanas, de las cuales las 4 primeras deben de ser ininterrumpidas, y para el año 2021 la suspensión se prolongó a 16 semanas, de las cuales las 6 primeras deberán disfrutarse de forma ininterrumpida.

El RD menciona 3 casos particulares en los cuales el permiso de suspensión puede cederse al otro progenitor:

³ MOLINA, R. *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 RD-ley 6/2019*, Derecho Social y Empresa (12)2020. p. 7.

⁴ BALLESTER, M. *La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*, LanHarremanak: Revista de Relaciones Laborales (25)2011. p. 27.

⁵ *Ibídem*

- a) En caso de fallecimiento de la madre biológica, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tiene derecho a la totalidad de 16 semanas de suspensión previstas para la madre biológica.
- b) En el caso de nacimiento, el otro progenitor puede seguir haciendo uso del periodo de suspensión inicialmente cedido por la madre biológica, aunque, en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.
- c) En el caso de que un progenitor no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tiene derecho a suspender su contrato de trabajo por la totalidad de 16 semanas, sin que le sea aplicable ninguna limitación del régimen transitorio.

Suspensión por nacimiento y cuidado del menor.

En el artículo 45.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la suspensión del contrato de trabajo «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo». Dicho de otro modo, la suspensión conlleva la «cesación temporal de las prestaciones básicas de ambas partes de la relación jurídica»⁶. Como resultado de ello, en principio, la suspensión del contrato de trabajo también significa la suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

El nacimiento y cuidado del menor es una figura en la cual el legislador considera que se debe reforzar la estabilidad del empleo de los progenitores. Por ende, cuando el contrato de trabajo se suspende, el mismo sigue vigente –no se extingue–, de tal forma que, según el artículo 48.1 del ET, «al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo».

⁶MONTOYA, A. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2018. p. 440

El apartado primero del artículo 45 del ET, enumera las causas que pueden conducir a la suspensión del contrato de trabajo. Entre las mismas se encuentra, ciertamente, el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad mayores de seis años con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes

En este mismo orden de ideas Según el artículo 48, numerales 4 y 5 del ET, cuando mencionamos la suspensión, es necesario mencionar cuáles son las situaciones que protege. Éstas son: el parto, la adopción y el acogimiento.

A partir del primero de abril de 2019, con el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se modifican los apartados 4, 5, 6, 7, 8 y 9 (y se suprime el apartado 10) del art. 48 ET y el literal d) del apartado 4 del art. 12 ET. Todo ello es posterior a la unificación de los permisos y prestaciones por maternidad y paternidad bajo la denominación «prestación por nacimiento y cuidado de menor» y el cambio de denominación del «permiso por lactancia» a «permiso por cuidado del lactante», con lo que pasa a ser un derecho de ambos progenitores y se encuentra complementado con la nueva «prestación por corresponsabilidad en el cuidado del lactante» cuando se amplíe de los nueve a los doce meses del lactante, con la correspondiente reducción proporcional del salario.

4. El nacimiento, que comprende el parto y el cuidado de menor de doce meses, suspenderá el contrato de trabajo de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias 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.

El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a

jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil.

(...)

La suspensión del contrato de cada uno de los progenitores por el cuidado de menor, una vez transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá distribuirse a voluntad de aquellos, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y ejercitarse desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto. El disfrute de cada período semanal o, en su caso, de la acumulación de dichos períodos, deberá comunicarse a la empresa con una antelación mínima de quince días.

(...)

5. En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas para cada adoptante, guardador o acogedor. 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...

Finalidad de la suspensión.

Las partes, al inicio de la suspensión, reconocen y manifiestan su voluntad de que, una vez finalice ésta, se retomen las prestaciones de trabajar y remunerar, en el momento en que la causa que haya justificado la suspensión concluya⁷. Por lo que, siendo el interés de las partes conservar el vínculo jurídico, por los beneficios que puedan obtener, la suspensión perseguirá que se cumpla con su voluntad, y lo hará a través de la supervivencia del contrato de trabajo⁸.

⁷STS 2001/7079 de 25 junio 2001

⁸VIDA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de estudios políticos. Madrid, 1965. p 5.

El trabajador es la parte con mayor interés en la subsistencia del contrato de trabajo, y también, al ser el «eslabón débil» de la relación contractual, surge, en su protección, el principio *prooperario*, mediante el cual las normas laborales se interpretarán primeramente a su favor. Así pues, en concordancia con este principio, la supervivencia del contrato es el fundamento la estabilidad en el empleo, que es un derecho que surge del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente⁹. Por esto, la suspensión es una de las figuras jurídicas que hace posible la estabilidad en el empleo¹⁰.

Efectos de la suspensión.

Los elementos que caracterizan la suspensión del contrato de trabajo, son: la interrupción de las prestaciones, temporalidad, permanencia del vínculo y reserva del puesto de trabajo. Cabe aclarar que, a pesar que para definir la suspensión se emplea el término «interrupción», esta es una figura jurídica diferente: las dos son «situaciones interruptoras y que tienen por finalidad legitimar ciertas ausencias» del trabajador. No obstante, la suspensión produce sus efectos sobre el propio contrato, mientras que la interrupción lo hace sobre la prestación laboral¹¹. Además, mientras que en la suspensión se deja de cumplir con la obligación del empresario de retribuir al trabajador, no ocurre lo mismo en la interrupción, donde el salario se sigue percibiendo¹².

El primer efecto es la no prestación del trabajo, lo que se presupone de hecho de la suspensión, debido a la fuerza jurídica que otorga, impidiendo la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador deja de cumplir con su obligación fundamental. Es decir, aunque la no prestación del trabajo supone, en principio, un incumplimiento del contrato por lo que debería derivar en la extinción de éste, al detenerse la prestación del trabajo por una causa justificada, recogida por la normativa como causa suspensiva, actúa con la fuerza suficiente como para mantener el vínculo jurídico¹³. Se trata, finalmente, de «una solución provisional,

⁹ Art. 35.1 CE

¹⁰ VIDA, J., *La suspensión...op. cit.*, pp. 16-18

¹¹ VIDA, J., *La suspensión...op. cit.*, p. 137.

¹² CAMPS, L., *Las vicisitudes del contrato de trabajo*, en CAMPS, L.; RAMÍREZ, J. (Edits.) *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.483.

¹³ VIDA, J., *La suspensión...op. cit.*, p. 58.

que anula las posibilidades extintivas, produciendo [...] una situación nueva en la vida del contrato»¹⁴.

En este sentido, para que las causas tengan fuerza para justificar la suspensión, deben cumplir con dos requisitos: ser fortuitas y temporales. El primer supuesto se refiere a que se produce una imposibilidad para cumplir con la prestación o, dicho de otra manera, «surge una causa objetiva e incompatible con la prestación de las obligaciones; por lo que no se puede imputar dolo ni culpa a ninguna de las partes contratantes»¹⁵ puesto que se presume que actúan de buena fe, lo que no ocurre en el momento en que una de las partes, de forma unilateral determina la existencia de una causa de suspensión y deja de cumplir con las obligaciones.

En este sentido, en el caso del empresario, su obligación es la de proveer trabajo y remuneración, por lo que, si decide, de manera unilateral, incumplir esta obligación, se contrapone a la finalidad de la suspensión, de conservar el vínculo jurídico, por lo que se otorga la potestad al trabajador afectado de extinguir el contrato de trabajo y ser indemnizado¹⁶.

Respecto a la temporalidad, este es un requisito esencial de la figura de la suspensión. La causa del cese de la prestación de trabajo debe tener un plazo determinado de duración, es decir, se trata de una situación provisional, de lo contrario, si la no prestación de las obligaciones perdura en el tiempo, la situación pasa a ser una extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con el art. 49 y ss. ET. La temporalidad es el elemento distintivo entre ambas figuras jurídicas. Obviamente, en la extinción no existe derecho de reserva del puesto de trabajo, ni se mantienen las obligaciones y derechos accesorios de las partes, así como tampoco se toma en cuenta la antigüedad mientras el trabajador no esté activo¹⁷. A pesar de las diferencias, ambas figuras tienen en común la protección al trabajador de las posibles violaciones del empresario¹⁸. Sin olvidar que la suspensión y la extinción se regulan en apartados distintos del capítulo III del ET (secciones II y III, respectivamente). El plazo se determinará teniendo en consideración los parámetros legales que se establecen para

¹⁴Ídem, pp. 3-4.

¹⁵RIVAS, P. *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*. Bomarzo, Albacete. 2007. p. 22.

¹⁶GARCÍA, S., *Extinción por voluntad del trabajador tras la suspensión empresarial inválida del contrato de trabajo*. Revista Española de Derecho del Trabajo (195) 2017, pp. 3-4.

¹⁷RIVAS, P. *La suspensión...* op. cit. p. 115.

¹⁸GARCÍA, S., *Extinción por voluntad...* op. cit. p. 4.

cada causa en particular. Una vez concluido el plazo, el trabajador tiene el deber de reincorporarse a su puesto de trabajo, en caso contrario incurre en ausencias injustificadas, lo que abre la posibilidad del despido (art. 54.2 a) ET). Por otra parte, cabe resaltar que la suspensión permanece justificada mientras dure la causa motivo de la suspensión, así que, si la causa cesa previo a la finalización del plazo previamente estipulado, se tendría que producir el inmediato reingreso del trabajador¹⁹, aunque la legislación contempla excepciones a esta regla, como por ejemplo, el agotamiento de las seis primeras semanas de suspensión por nacimiento a pesar de la muerte del recién nacido (art.48.4 ET) 15.

Como ya se ha expuesto, la suspensión se refiere a las obligaciones principales, pero no sobre las demás obligaciones accesorias que siguen mandando a las partes a su cumplimiento, siempre que éstas no requieran de la ejecución de las prestaciones principales. De modo que, durante la suspensión, las partes quedan sometidas al principio de buena fe contractual (arts. 5 y 20 ET).

Para el trabajador, ello se manifiesta, por ejemplo, en la prohibición de concurrencia desleal (art. 21 ET), que supone que no puede prestar sus servicios para otra empresa durante la suspensión, salvo pacto expreso; y la confidencialidad, referida a la estructura y funcionamiento interno de la empresa. Mientras que para el empresario se plasma en la prohibición de contar las ausencias del trabajador y extinguir el contrato por causas objetivas, de acuerdo con el art. 52 d) ET²⁰. Ello lo podemos observar en la STSJ del País Vasco 826/2014, de 29 abril, en la que se considera procedente el despido del trabajador que durante un período de huelga (tipificada como causa suspensiva en el art. 45.1.1) ET) ocasionó una reducción de la clientela de la empresa donde laboraba (un taller mecánico), pues se colocaba en las cercanías de la empresa y prestaba servicios privados de montaje de equipos de sonido a los clientes, antes de que estos entraran en la tienda, conducta que ha sido calificada como desleal.

El empresario permanece en obediencia a otras obligaciones ajenas al principio de buena fe contractual, como el deber de seguir cotizando por el trabajador suspendido al sistema de la Seguridad Social y, de acuerdo con la ocasión, abonar un subsidio

¹⁹VIDA, J., *La suspensión...* op. cit., p. 360.

²⁰RIVAS, P. *La suspensión...* op. cit. pp. 122-128.

económico por la suspensión²¹. Teniendo en cuenta que el pago del salario queda suspendido por tratarse de la obligación esencial del empresario derivada del contrato de trabajo, motivado a que por la falta de trabajo la remuneración no tiene justificación.

La existencia de las obligaciones accesorias trae como consecuencia que el trabajador debe cumplir con ellas, y que el empresario podrá reaccionar ante su incumplimiento²², con la imposición de sanciones en virtud de la potestad disciplinaria que puede ejercer aun cuando el contrato se encuentra suspendido, pudiendo llegar incluso a su extinción sin vulnerar el principio de buena fe contractual.

De modo similar, en la misma medida en que determinadas obligaciones accesorias se mantienen, las partes conservan ciertos derechos durante la suspensión, especialmente el trabajador, quien podrá seguir disfrutando del alojamiento concedido por el empresario, siempre que no sea parte del salario, ya que la remuneración se suspende, o podrá percibir subsidios por parte del sistema de la Seguridad Social²³. Ello se encuentra regulado en el 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). Los supuestos de suspensión que se verán beneficiados por la prestación del sistema de la Seguridad Social se regulan en el Título I, del Capítulo V al IX.

El segundo efecto guarda relación con el tiempo de duración de la suspensión del contrato, pues se calcula como antigüedad para el trabajador²⁴. Lo cual se justifica en el vínculo jurídico que prevalece entre empresario y trabajador. El cálculo de la antigüedad afecta al trabajador, que podría beneficiarse de ascensos o aumentos salariales, entre otros, que se otorgan a los empleados con tengan mayor antigüedad en la empresa, en el caso de que dichos beneficios sean otorgados en atención a este criterio y no a la antigüedad de los servicios efectivos²⁵.

²¹RIVAS, P. *Vicisitudes del contrato de trabajo*, en VICENTE, A. (coord.), *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 943.

²²RIVAS, P. *La suspensión...* op. cit. pp. 115.

²³RIVAS, P. *La suspensión...* op. cit. p. 130.

²⁴RIVAS, P. *Vicisitudes...* op. cit. p. 944.

²⁵VIDA, J., *La suspensión...* op. cit., pp. 65-66.

En tercer lugar, con la suspensión, el trabajador también adquiere el derecho de reserva del puesto de trabajo (art. 48.1 ET). Por lo que debe reincorporarse en la empresa en las mismas condiciones que se encontraba con anterioridad a la suspensión, excepto cuando en la empresa intervengan circunstancias que obliguen a modificar o extinguir los contratos de trabajo de un colectivo de empleados, de acuerdo con el art. 51 ET, con el fin de garantizar la viabilidad de la empresa, en cuyo caso también se verá afectado por esta medida el trabajador suspendido.

El antes mencionado derecho no se reconoce en las causas de mutuo acuerdo de las partes y las consignadas de modo válido en el contrato, según el art. 45.1 a) y b) ET, ya que funcionan bajo por un régimen jurídico particular y diferente al resto de las causas, debido a que atienden al pacto entre ambas partes. Es decir, son las partes las que acuerdan la duración y efectos de la suspensión; y tampoco en el caso de la excedencia voluntaria, que cuenta tan solo con «*un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría*» (art. 46.5 ET).

En efecto, como lo establece la STSJ de Cataluña 7619/2014, de 17 de noviembre, el empleador podrá proceder a un despido colectivo, a la suspensión de contratos, a la movilidad geográfica de los trabajadores o incluso a su recolocación, con el fin de garantizar la supervivencia de la empresa. Así pues, la reserva del puesto de trabajo no se desprende de la suspensión como figura jurídica, sino del propio contrato de trabajo, debido a su carácter de permanencia del vínculo entre las partes. Y ello va unido al derecho del trabajador a que se le conserve la vacante durante el tiempo de suspensión (derecho que se desprende del derecho a mantenerse en el puesto del trabajo)²⁶. Así pues, el empresario puede cubrir la vacante durante el tiempo de suspensión, mediante un contrato interino (art. 15.1.c) ET), el cual debe finalizar al momento en que se haya extinguido la causa motivo de la suspensión, puesto que a partir de ese momento el contrato suspendido «recupera su plenitud»²⁷, de modo que el trabajador suspendido no debería encontrar obstáculos para acceder a su puesto de trabajo al terminar la suspensión.

En definitiva, se puede evidenciar cómo la regulación de la suspensión beneficia más a una parte contratante que a la otra. El Derecho laboral cumple con el principio protector respecto del trabajador, que es la figura débil, y se encuentra en situación

²⁶RIVAS, P. *La suspensión...* op. cit. pp. 116.

²⁷STS 9676/2000, de 25 de octubre de 2000.

desigual frente al empleador, quien ocupa una posición de supremacía, ostentando un mayor poder. De este modo, el Derecho laboral en general, y la suspensión en este caso en concreto, desarrollan un trato desigual entre las partes con el fin de equiparar su posición, de manera que otorga más derechos al trabajador y más deberes al empresario. Es la principal diferencia que se observa entre el Derecho laboral y el Derecho común, en el cual prima el principio de igualdad jurídica entre las partes. La segunda diferencia yace en la naturaleza del contrato de trabajo de tracto sucesivo, pues la suspensión representa una excepción a la permanencia del vínculo jurídico²⁸.

Prestaciones por maternidad en la Unión Europea (UE) y otros países.

En la actualidad, existen más de 120 países que conceden las prestaciones por maternidad pagadas. Esta prestación, al igual que otras prestaciones de salud, son recogidas en la nueva legislación y consta en el informe realizado por la Oficina Internacional del Trabajo (en adelante, OIT).

Como se sabe, en muchas partes del mundo las trabajadoras embarazadas tienen muchos problemas para mantener su puesto de trabajo ya que están expuestas a perder su puesto de trabajo y por lo tanto corren el riesgo de tener menos ingresos.

A razón de estos motivos se realiza el informe de *La protección de la maternidad en el trabajo*, este informe fue supervisado el Servicio de Condiciones de Trabajo y Prestaciones Sociales de la OIT, en donde se afirma que las mujeres embarazadas tienen más dificultades para mantener un empleo en ciertos países y que son menos valoradas.

Según el informe, el trabajo es una de las fuentes principales de ingresos para las familias. En Estados Unidos, el 55% de las mujeres aportan en sus hogares la mitad o incluso una cantidad superior de sus ingresos.

²⁸IORDACHE, N. *El nuevo permiso por nacimiento tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*. Universitat Jaume I. 2019

Volviendo al tema de los países que permiten las licencias por maternidad, se listan a continuación los países que establecen un permiso de maternidad y el tiempo permitido para su descanso y disfrute del nacimiento de un menor.

En primer lugar, Suecia es uno de los países de la Unión Europea que tiene un mayor tiempo del permiso por maternidad, cuenta con un permiso de 16 meses que son compartidos entre el padre y la madre y del cual no perciben el 100% de su sueldo, sino que reciben el 80% de su sueldo hasta los 13 meses.

Siguiendo con Bulgaria, que cuenta con 410 días con el sueldo completo, y teniendo la posibilidad de ampliar este permiso hasta los 3 primeros años del bebé, pero cobrando un porcentaje menor de su sueldo en el segundo año y en el tercer año sin percibir nada.

En los países de Albania, Reino Unido, Bosnia, Montenegro, Noruega, Grecia, Irlanda, Macedonia, República Checa, Eslovaquia y Croacia el tiempo del permiso por maternidad oscila entre los 7 y 12 meses. En el caso de Dinamarca el permiso es de 1 año que deben repartirse entre los progenitores y que la madre tendría como mínimo 126 días y el padre 14 días.

En Polonia, el permiso de maternidad es de 6 meses y con el 100% de su sueldo, aunque también podrían ampliar su permiso si lo desean otros 6 meses más, pero con la condición de percibir un porcentaje inferior al 100% de su sueldo.

En Finlandia, el permiso es de 122 días, pero después tienen 158 días más que lo pueden compartir con el otro progenitor.

En Ucrania las mujeres tienen un permiso de 70 días antes del parto y 56 días después del parto, en este tiempo tendrá derecho a la totalidad del sueldo, aunque por otra parte si así lo desea, la empresa le puede conceder un permiso hasta que el niño o niña tenga 3 años, pero con este permiso no tiene derecho a sueldo.

Alemania cuenta con 98 días de permiso que están repartidos de forma que tiene unos 42 días de permiso antes del parto y unos 56 días después del parto. Posteriormente, una vez transcurrido este tiempo, la madre tiene opción a tomar una excedencia para el cuidado de su hijo o hija hasta que cumpla 3 años y el Estado les proporciona una ayuda económica hasta los 14 meses del hijo o hija.

En el caso de Portugal, las madres cuentan con un permiso de 150 días y con la percepción del 80% del sueldo, aunque tiene la opción de percibir el 100% del sueldo si el tiempo del permiso es de 120 días.

Finalmente, de los países de la UE el país con un tiempo de permiso por maternidad más bajo es Liechtenstein con tan solo 56 días de baja por maternidad.

Subsidio por nacimiento y cuidado del menor.

El subsidio por nacimiento y cuidado del menor consiste en un subsidio equivalente al 100% de una base reguladora, la cual resulta equivalente a la de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Tal como dispone el art. 177 del Ley General de la Seguridad Social, a los efectos de la prestación (o subsidio) por nacimiento y cuidado de menor, se considerarán situaciones protegidas las siguientes²⁹.

a) La maternidad biológica: esto incluye los alumbramientos que tengan lugar luego de transcurrir más de 180 días de vida fetal, independientemente si el feto naciera vivo o muerto(STSJ de Cantabria n.º 838/2021, de 10 de diciembre).

b) La adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, ya sea preadoptivo, permanente o simple, de acuerdo con lo estipulado en el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA que regulen esta materia, siempre que, en el último caso, la duración no sea menor a 1 año, y que dichos acogimientos, aun siendo provisionales, estén dirigidos a:

- Menores de 6 años.

- Mayores de 6 años, pero menores de 18 con discapacidad (en este caso, valorada en un grado igual o superior al 33 %) o que, por sus circunstancias y experiencias personales o bien sea por provenir del extranjero, tengan dificultades especiales de inserción social y familiar, las cuales deben estar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes³⁰.

c) La tutela sobre menor por designación de persona física.

²⁹SANTA-BÁRBARA, V. *Práctico Laboral*. vLex. 2022

³⁰SANTA-BÁRBARA, V. *Práctico Laboral*...op. cit.

- *Beneficiarios.*

Se consideran beneficiarios de la prestación a todas las personas trabajadoras, bien por cuenta ajena o propia, independientemente el que sea su sexo, se encuentren en situación de alta o asimilada al alta, que disfruten de los periodos de descanso/permiso por nacimiento y cuidado de menor y acrediten los períodos mínimos de cotización exigibles en cada caso.

Sin embargo, también serán beneficiarias del subsidio por nacimiento las trabajadoras por cuenta ajena o propia que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, salvo el período mínimo de cotización.

Respecto al supuesto de maternidad por subrogación, en la legislación de la UE no está considerada una obligación de conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, y el hecho de que un empleador le deniegue un permiso de maternidad no constituye una discriminación basada en el sexo; pero el Derecho de la UE es una garantía de mínimos, y se reconoce derecho al subsidio de maternidad tras una gestación por sustitución (vientre de alquiler), ya que lo contrario sería discriminatorio del menor por razón de afiliación³¹

- *Requisitos*

1. Estar afiliados o afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta.
2. Tener cubierto un período mínimo de cotización que varía en función de la edad:
 - Si las personas trabajadoras tienen menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

³¹SANTA-BÁRBARA, V. *Práctico Laboral...*op. cit.

- Si las personas trabajadoras tienen cumplidos 21 años de edad y son menores de 26 en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción:
 - 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente,
 - 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- Si las personas trabajadoras tienen cumplidos los 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción:
 - 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente,
 - 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

3. Estar al corriente en el pago de las cuotas, de las que sean responsables directos las personas trabajadoras, aunque la prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta.

- *Situaciones asimiladas al alta*

Para acceder al subsidio por nacimiento y cuidado de menor se consideran situaciones asimiladas a la de alta:

1. El desempleo total por el cual se perciba alguna prestación de nivel contributivo.
2. El mes siguiente al cese en el cargo público que dio origen a la situación de excedencia forzosa.
3. El traslado del trabajador a territorio extranjero.

4. Los periodos considerados como de cotización efectiva en el caso de las víctimas de violencia de género.
5. La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales remuneradas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
6. El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
7. Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio a devengar la prestación al producirse el reinicio de las actividades.
8. La huelga y el cierre patronal, aunque no están incluidas propiamente como situaciones asimiladas al alta, tales situaciones no impiden el reconocimiento de la prestación.

- *Duración*

La duración del subsidio equivale a la de los períodos de descanso o permisos que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4, 5 y 6 del Estatuto de los trabajadores y en el art. 49 a), b) y c) del Estatuto Básico del Empleado Público (ver anexos 1 y 2)

Respecto al art. 48.4 ET, la STSJ Cantabria 838/2021, 10 de diciembre de 2021 estipula que un padre tiene derecho a la prestación por nacimiento en un caso en que el feto falleció después de 39 semanas de gestación, con independencia de que dicha prestación sea también percibida por la madre. En atención al principio de jerarquía normativa se afirma que debe prevalecer la nueva redacción del art. 48.4 ET, la cual no diferencia en la concesión del derecho al hombre de la mujer³².

³²SANTA-BÁRBARA, V. *Práctico Laboral...* op. cit.

- *Cuantía del subsidio*

La prestación económica por nacimiento y cuidado de menor consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes³³.

La base reguladora será el resultado de dividir la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al de la fecha de inicio del período de descanso por nacimiento y cuidado de menor, por el número de días a que dicha cotización se refiere. Durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral. Sin embargo, el subsidio podrá reconocerse por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución provisional teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por nacimiento y cuidado de menor³⁴.

Si la base de cotización del mes anterior al inicio del descanso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva. Si la base no hubiese variado, la resolución provisional será definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión³⁵.

En el caso de trabajadores contratados a tiempo parcial la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante, entre 365. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. La prestación se abonará durante todos los días en los que el trabajador permanezca en la situación de descanso por nacimiento y cuidado de menor y cuidado del menor.

³³MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. *Derechos y deberes en relación con la Seguridad Social: Nacimiento y cuidado del menor*. 2022

³⁴Idem

³⁵MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. *Derechos y deberes...* op. cit.

En el caso de trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje, la base reguladora será equivalente al 75 por cien de la base mínima de cotización vigente.

- *Nacimiento y cuidado del menor, incapacidad temporal y desempleo.*

En el caso de que la persona trabajadora se encuentre en situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por nacimiento y cuidado de menor hasta que se extinga dicha situación, entonces pasará a la situación legal de desempleo, en cuyo caso percibirá, en el supuesto de reunir los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que haya permanecido en situación de nacimiento adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Si el trabajador estuviese percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda, gestionada directamente por la su entidad gestora, suspendiéndose la prestación por desempleo. Una vez extinguida la prestación por nacimiento y cuidado de menor, se reanudará la prestación por desempleo, por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión.

En relación con la situación de incapacidad temporal, relacionada con el período de permiso por nacimiento y cuidado de menor, no procederá el reconocimiento al subsidio por Incapacidad Temporal durante el descanso por nacimiento y cuidado de menor, salvo, en el caso de, que estando en situación de percepción este último en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal. En cuyo caso, podrá percibirse simultáneamente el subsidio por ambas situaciones. En este particular, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se haya venido compatibilizando con el subsidio por paternidad.

Objetivos.

- Objetivo General.

Analizar la situación del subsidio por nacimiento y cuidado del menor en España desde la perspectiva de las leyes nacionales e internacionales.

- Objetivos Específicos

Establecer un Estado de esta institución sobre el subsidio por nacimiento y cuidado del menor.

Describir el marco legal y jurisprudencial del subsidio por nacimiento y cuidado del menor.

Caracterizar el subsidio por nacimiento y cuidado del menor desde la perspectiva de género en España y Europa.



Análisis

Como ya se ha mencionado, tras la última reforma operada por el Real Decreto Ley 6/2019, en el ordenamiento jurídico Español dejan de existir los permisos de maternidad y paternidad, y estas suspensiones del contrato de trabajo han pasado a denominarse "Permiso por Nacimiento y cuidado del menor". De este modo, además de equiparar los derechos de los progenitores, respecto a la preservación de su puesto de trabajo y las responsabilidades y beneficios que este conlleva, quedan englobadas todas las personas, refiriéndose a ellas como "progenitor distinto de la madre biológica".

El fundamento de esta figura yace en reforzar la estabilidad en el empleo de los trabajadores, evitando la extinción del contrato de trabajo ante la aparición de una circunstancia obstativa y conservando, de este modo, el negocio jurídico³⁶. De esta manera, cuando el contrato de trabajo se suspende, el mismo sigue vigente –es decir, no se extingue–, de tal forma que, según el artículo 48.1 ET «al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo».

En términos de su evolución, en primer lugar, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, reconocía la maternidad de la mujer trabajadora como causa de suspensión del contrato de trabajo. En concreto, se determinaba que, en el supuesto de parto, la suspensión del contrato tendría una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a la opción de la madre. Respecto de esta regulación inicial, por demás insuficiente, cabe destacar que no se recogió lo que actualmente se considera como descanso obligatorio durante las primeras seis semanas posteriores al parto, obviando, de esta forma, el mandato establecido en el artículo 3.3 del Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de la maternidad, de 1952, que fue ratificado por España en 1966. Además, en relación con la situación del otro progenitor distinto de la madre biológica, la norma simplemente se limitó a reconocer su derecho, previo aviso y justificación, a ausentarse de su puesto de trabajo con derecho a remuneración durante sólo dos días en los casos de nacimiento de hijo o hija, que podían

³⁶MONTOYA, A. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos. 2018. p. 441

extenderse a cuatro días cuando el trabajador necesitara hacer un desplazamiento a tal efecto.

Posteriormente, y con el fin de suplir los vacíos de la Ley 8/1980, se promulga la Ley 3/1989, de 3 de marzo, en ella se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Además, con respecto a los supuestos en los que los dos progenitores trabajasen, se contempló la posibilidad de que la madre biológica, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, optara por que el otro progenitor disfrutase, bajo ciertas condiciones, de hasta cuatro semanas de las últimas semanas de suspensión, significando con esto un paso hacia la corresponsabilidad, sin embargo, ha de notarse que este descanso reducía el de la madre, por lo que no puede considerarse igualitario, en términos de efectiva corresponsabilidad.

Es claro que estas primeras normas se centraron en la protección de la *maternidad* y, como tal, no acogieron medidas concretas orientadas a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a fomentar la corresponsabilidad en el seno familiar. En este sentido, la suspensión del contrato de trabajo por maternidad estaba configurado pensando en un modelo familiar en que la mujer era la responsable exclusiva de los compromisos domésticos y familiares³⁷

De este modo, fue la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la norma que contempló, por vez primera, el permiso del otro progenitor, en el que se reconoció, al otro progenitor distinto de la madre biológica el derecho a un permiso individual, exclusivo e intransferible y a una prestación, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social, con la finalidad de contribuir a un mayor balance en el reparto de las responsabilidades familiares.

Con el devenir de los años, este tema no ha dejado de ser objeto de discusión, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, incluso para el Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta que madre y padre, hombre y mujer resultan diferentes en términos de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o paternidad, aunque si bien es diferente el rol de la mujer durante la gestación, no así debe serlo en términos de responsabilidad familiar, donde una vez se produce el nacimiento, o cuidado del menor, el progenitor distinto de la madre biológica puede asumir,

³⁷BALLESTER, M. *La era...* op. cit. p. 65

efectivamente, las mismas responsabilidades asociadas domésticas y familiares que, de antaño, se han visto en la sociedad como "cosas de mujeres".

Y esto no ha sido solamente una lucha por los derechos y la igualdad de la mujer en el ámbito laboral, donde se la considera una carga por la simple posibilidad de quedar embarazada en algún momento de su vida laboral, por lo que ha sido objeto de discriminaciones, abiertas y encubiertas, a lo largo de los años y aún hoy día; sino también de los progenitores distintos de la madre biológica, en particular, los padres.

Se ha hecho más que evidente el peso que tiene, en la vida y desarrollo del menor, el contar con una unidad familiar estable y en particular, con la presencia de ambas figuras parentales. Ya no se puede negar la responsabilidad que puede y deben asumir ambos progenitores, y en particular el hombre, que, principalmente por ignorancia y costumbres machistas, se ha relegado a un puesto inferior en su papel en la crianza, pero que ha quedado demostrado a través de los años que su aporte es de gran valía para el bienestar integral, no solo de los hijos, sino del grupo familiar en su totalidad.



Conclusiones.

Con este panorama, es claro que el marco legal y jurisprudencial entorno a la suspensión por nacimiento y cuidado del menor, si bien puede ser considerado, desde algunos ángulos, como inadecuado o insuficiente, no se puede negar su avance en la promoción del equilibrio de responsabilidades entre progenitores y también en la igualdad de derechos y deberes de hombres y mujeres, tanto en el ámbito laboral como familiar.

En este orden de ideas, los objetivos de la presente investigación se enfocaron en el análisis de la situación del subsidio por nacimiento y cuidado del menor en España desde la perspectiva de las leyes nacionales e internacionales, y con base a ello, se enunciaron objetivos específicos respecto a los cuales se puede concluir lo siguiente.

El primer objetivo específico se centró en establecer un Estado de la institución sobre el subsidio por nacimiento y cuidado del menor. De esto se desprende que la normativa reconoce el derecho de los trabajadores a que se respete su contrato de trabajo, y aunque es relativamente reciente, se ha avanzado poco en términos de igualdad de derechos, de hombres y mujeres, y de progenitores. Ciertamente se han hecho avances en el marco legal en cuanto a la discriminación por género y, sobre todo al derecho de las mujeres a la igualdad de condiciones salariales y laborales frente a los hombres, especialmente en los casos de maternidad; aún queda mucho terreno que cubrir, en concreto en cuanto a la corresponsabilidad de los progenitores en el cuidado del menor.

Con respecto al segundo objetivo específico, describir el marco legal y jurisprudencial del subsidio por nacimiento y cuidado del menor, en ese sentido el ordenamiento jurídico, atendiendo a las características biológicas de la mujer, ha introducido mecanismos de protección durante el embarazo y la maternidad en aras de procurar evitar la discriminación en el empleo y la ocupación por razones de género. Sin embargo, esta regulación centrada, exclusivamente, en el colectivo femenino ha traído como consecuencia que se agudicen las desigualdades entre mujeres y hombres. Las medidas introducidas por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación, relativas a conseguir la igualdad y no

discriminación por razón de sexo en el mercado de trabajo, ha introducido, como una de sus principales aportaciones, la igualación de los permisos por nacimiento de hijo o hija, e incluso se ha extendido, añadiendo un número de situaciones, distintas al nacimiento, en las cuales se protege la estabilidad del puesto de trabajo en situaciones de .maternidad y paternidad.

No obstante, con solamente equiparar los permisos por nacimiento y cuidado para ambos progenitores, no se puede esperar obtener efectivamente, una igualdad y no discriminación de la mujer en el ámbito laboral, o del hombre en el ámbito familiar. Ciertamente es un avance de notable relevancia, pero no deja de ser un paso más en el camino hacia la igualdad de género.

Por otra parte, aunque resulta cierto que el hecho de que el permiso por nacimiento y cuidado de menor sea de igual duración para ambos progenitores, puede evitar que los empleadores discriminen, de entrada, a las mujeres por razón de la maternidad, si no ocurre un cambio de mentalidad y una ruptura de los paradigmas tradicionalistas respecto a los roles de cada de género que traiga como consecuencia que el hombre asuma efectivamente su corresponsabilidad en el ámbito familiar, de modo que las mujeres logren consolidar su situación en el mercado de trabajo, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, seguirá siendo un factor de discriminación hacia la mujer, ya que permanecerá como la encargada del trabajo doméstico, en especial, respecto al cuidado de los menores.

Finalmente, el último objetivo específico indicaba caracterizar el subsidio por nacimiento y cuidado del menor desde la perspectiva de género en España y Europa. Si bien hay países como Suecia donde el permiso por maternidad, cuenta con 16 meses que son compartidos entre el padre y la madre, aunque no perciben el 100% de su sueldo, reciben el 80% de su sueldo hasta los 13 meses; o el caso de Dinamarca, donde el permiso es de 1 año y debe repartirse entre los progenitores, tomando en cuenta que la madre tendría como mínimo 126 días y el padre 14 días; o Finlandia, donde la madre cuenta con un permiso de 122 días, y después tienen 158 días más que lo pueden compartir con el otro progenitor.

Es evidente que el enfoque va dirigido a la protección de la maternidad y poco hacia la igualdad de género y la corresponsabilidad, y esto se refleja también en situaciones tales como los exámenes prenatales, cuyo permiso es exclusivo de la

mujer, dejando fuera a los padres que deseen asistir, por ejemplo a las ecografías realizadas durante la gestación.

Por otra parte, al comparar la situación laboral en el mercado de trabajo de la mujer en España con países como Suecia, Islandia y Noruega, es posible ver que la mujer no se encuentra en la misma situación, debido a que la tasa de empleo para las mujeres españolas se encuentra muy por debajo a la del resto de países y bastante lejos de alcanzar la igualdad. Esto puede ser fundamentado, entre otras muchas razones, en la dificultad de la mujer española de conciliar la vida personal, laboral y familiar.

Además, las altas tasas de desempleo estructural de nuestro país afectan en un porcentaje más elevado a las mujeres, situación que difiere de otros países. En cuanto a la situación de las labores del hogar y del cuidado familiar, es evidente la gran diferencia entre las horas de dedicación de las mujeres y los hombres españoles y las mujeres y hombres noruegos. En éstos últimos, se produce un reparto más equitativo de las tareas del hogar y del cuidado de menores, mientras que en el caso de nuestro país, es la mujer quien las asume de una forma más marcada.

Por último, es necesario destacar que la equiparación de los permisos por nacimiento y cuidado del menor en España, no deja de ser un avance respecto a las antiguas normativas, y debe reconocerse su importancia, ya que el hecho de ser padre o madre está condicionado a una amplia variedad de factores, siendo uno de los más importantes, la posibilidad de conciliar la vida personal, familiar y laboral. De esta forma, al promover mejores planes de conciliación la discriminación en el ámbito laboral y familiar se reducirá, y la sociedad se encaminará hacia tratos igualitarios para los progenitores en los ámbitos laborales y familiares.

Referencias

- BALLESTER, M. *La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria*. Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales (25). 2011.
- CAMPS, L. *Las vicisitudes del contrato de trabajo*, en CAMPS, L.; RAMÍREZ, J. (Coords.) *Derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CORDERO, V. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento tras el RDL 6/2019, de 1º de marzo*. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, 7(3).2019
- GARCÍA, S., *Extinción por voluntad del trabajador tras la suspensión empresarial inválida del contrato de trabajo*. Revista Española de Derecho del Trabajo (195) 2017.
- GORELLI, J. "Tiempo de trabajo y conciliación de la vida laboral y familiar y personal: el RD-Ley 6/2019", González Ortega, Santiago (Coord.). *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*. XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2020. p. 126
- IORDACHE, N. *El nuevo permiso por nacimiento tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*. Universitat Jaume I. 2019.
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. *Derechos y deberes en relación con la Seguridad Social: Nacimiento y cuidado del menor*. 2022. Recuperado de: https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_4.htm
- MOLINA, R. *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 RD-ley 6/2019*, Derecho Social y Empresa (12).2020
- MONTOYA, A. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 2018.
- RIVAS, P. *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*. Bomarzo, Albacete. 2007.

RIVAS, P. *Vicisitudes del contrato de trabajo*, en VICENTE, A. (coord.), *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

SANTA-BÁRBARA, V. *Práctico Laboral*. vLex. 2022

VIDA, J. *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de estudios políticos. Madrid, 1965.



Legislación

Constitución Española

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

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

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.



Jurisprudencia

STS 9676/2000, de 25 de octubre

STS 7079/2001, de 25 junio

STSJ de Cataluña 7619/2014, de 17 de noviembre

STSJ del País Vasco 826/2014, de 29 abril

STSJ de Cantabria n.º 838/2021, de 10 de diciembre.



Anexos

1. Cuadro resumen de duración del subsidio por nacimiento según el art. 48.4,5,6,7,8 y 9 ET

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- Art. 48.4, 5, 6, 7, 8 y 9 NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

NACIMIENTO		ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO	
MADRE BIOLÓGICA	OTRO PROGENITOR	2019	
<i>A partir del 1/4/2019</i>	<i>A partir del 1/1/2021</i> la prestación será igual que la de la madre biológica.	<i>PROGENITOR A + PROGENITOR B: Cada progenitor dispondrá de 6 semanas obligatorias (ininterrumpidas, inmediatamente después resolución judicial o decisión administrativa y a tiempo completo) + 12 semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, (ininterrumpidas dentro de los 12 meses siguientes a resolución judicial o decisión administrativa) con un máximo de 10 semanas para uno de ellos.</i>	
DURACIÓN TOTAL: 16 semanas (ampliable según supuestos*), a disfrutar del siguiente modo: PARTE OBLIGATORIA: 6 semanas obligatorias e ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. La madre biológica puede anticipar hasta 4 semanas antes de la fecha previsible del parto PARTE VOLUNTARIA: 10 semanas, continuadas al periodo obligatorio, o de manera interrumpida, en periodos semanales, en régimen jornada completa o parcial desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses del hijo/a.	2019	2020	2020
	DURACIÓN TOTAL: 8 semanas (+ 4 que puede cederle la madre de su periodo no obligatorio).	DURACIÓN TOTAL: 12 semanas (+ 2 que puede cederle la madre de su periodo no obligatorio).	PROGENITOR A + PROGENITOR B: Cada progenitor dispondrá de 6 semanas obligatorias (ininterrumpidas, inmediatamente después resolución judicial o decisión administrativa y a tiempo completo) + 16 semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, (ininterrumpidas dentro de los 12 meses siguientes a resolución judicial o decisión administrativa) con un máximo de 10 semanas para uno de ellos.
	2019	2020	2021
	PARTE OBLIGATORIA: 2 semanas obligatorias e ininterrumpidas a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. PARTE VOLUNTARIA: 6 semanas, continuadas o interrumpidas en periodos semanales, en régimen de jornada completa o parcial, hasta los 12 meses del menor.	PARTE OBLIGATORIA: 4 semanas obligatorias e ininterrumpidas a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. PARTE VOLUNTARIA: 8 semanas, continuadas o interrumpidas por periodos semanales, en régimen de jornada completa o parcial, hasta los 12 meses del menor.	A partir del 1/1/2021: DURACIÓN TOTAL PARA CADA PROGENITOR: 16 semanas (ampliable según supuestos*), 6 obligatorias, ininterrumpidas y a jornada completa, inmediatamente posteriores a la fecha de la resolución judicial o decisión administrativa. Las 10 semanas restantes, en periodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa.
* Supuestos de ampliación: <ul style="list-style-type: none"> • Ampliación en 1 semana para cada progenitor por cada hijo/a, a partir del segundo, en caso de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples. • Ampliación en 1 semana para cada progenitor en caso de discapacidad del hijo/a. • Ampliación parto prematuro y hospitalización (por un periodo superior a 7 días) a continuación del parto, hasta un máximo de 13 semanas. 			

Fuente: Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones

2. Cuadro resumen de duración del subsidio por nacimiento según el art. 49.c) EBEP

ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.- Art. 49.c)

PERMISO POR NACIMIENTO PARA LA MADRE BIOLÓGICA	PERMISO POR ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO TEMPORAL O PERMANENTE	PERMISO PARA PROGENITOR DIFERENTE DE LA MADRE BIOLÓGICA. PERMISO PARA EL OTRO PROGENITOR EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO.
DESDE SU ENTRADA EN VIGOR 01-04-2019	DESDE SU ENTRADA EN VIGOR 01-04-2019	PERIODO TRANSITORIO
DURACIÓN TOTAL: 16 semanas (Ampliable según supuestos*)	DURACIÓN TOTAL: 16 semanas (Ampliable según supuestos*)	DURACIÓN TOTAL (Ampliable según supuestos*)
PARTE OBLIGATORIA: 6 semanas obligatorias e ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas posteriores al parto	PARTE OBLIGATORIA: 6 semanas obligatorias e ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después de resolución judicial.	PARTE OBLIGATORIA: Ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después del nacimiento o resolución de adopción o acogimiento
PARTE VOLUNTARIA: 10 semanas, acumuladas o interrumpidas en periodos semanales sólo si trabajan ambos progenitores, en régimen jornada completa o parcial (según necesidades del servicio) desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses del hijo/a.	PARTE VOLUNTARIA: 10 semanas, acumuladas o interrumpidas en periodos semanales sólo si trabajan ambos progenitores, en régimen jornada completa o parcial (según necesidades del servicio) desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses del hijo/a. Si el menor adoptado es mayor de 12 meses, estas 10 semanas se tendrán que disfrutar de manera ininterrumpida.	PARTE VOLUNTARIA: A jornada completa o parcial, continuadas o interrumpidas, en este último caso sólo si ambos progenitores trabajan, se disfrutará desde que finalicen las seis semanas obligatorias para la madre o con posterioridad a la finalización de los permisos por nacimiento y/o adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.
		2019
		2020
		2021
		8 semanas
		12 semanas
		16 semanas
		2 semanas
		4 semanas
		6 semanas
		6 semanas
		8 semanas
		10 semanas
* Supuestos de ampliación: <ul style="list-style-type: none"> • 2 semanas por cada hijo/a a partir del segundo en nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (1 semana para cada progenitor) • 2 semanas en caso de hijo/a con discapacidad en nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (1 semana para cada progenitor) • Ampliación por parto prematuro y hospitalización del menor a continuación del parto hasta un máximo de 13 semanas (no aplicable en adopciones) 		
Permiso Adopción internacional <ul style="list-style-type: none"> • Hasta dos meses con retribuciones básicas a cargo de la empresa. • Inicio de permiso de adopción, guarda o acogimiento hasta 4 semanas antes de la resolución judicial o decisión administrativa. 		

Fuente: Ministerio de inclusión, seguridad social y migraciones