

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social. Universidad de León*

Extracto:

LA suspensión del contrato de trabajo por maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto; es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del artículo 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo, pudiendo destacar, entre otras y como más significativas, las reformas introducidas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, desarrollada por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Pues bien, aun cuando el fin último de esta normativa no ha sido sino ampliar y perfeccionar los derechos anteriormente existentes, lo cierto es que todavía no han sido solucionadas de forma satisfactoria determinadas lagunas y contradicciones internas que acompañan al régimen jurídico vigente de la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, tal y como se tendrá ocasión de comprobar en las páginas siguientes.

Sumario:

1. Aproximación.
2. Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica.
 - 2.1. Extensión temporal de la situación protegida.
 - 2.1.1. Distribución del período de disfrute.
 - 2.1.2. Parto múltiple.
 - 2.1.3. Parto frustrado.
 - 2.1.4. Parto prematuro.
 - 2.1.5. Enfermedades anteriores o posteriores al parto.
 - 2.1.6. Aborto o interrupción irregular del embarazo.
 - 2.2. Titularidad del derecho.
 - 2.3. Modalidades de disfrute de la suspensión.
 - 2.4. Deficiencias en materia de protección social.
3. Suspensión por filiación no biológica.

1. APROXIMACIÓN

Bajo la premisa de que la situación de embarazo, parto y postparto, por mor de razones biológicas obvias, es condición exclusiva del sexo femenino, el artículo 45 ET contempla como causa de suspensión del contrato (y de aparición del derecho a percibir el subsidio por maternidad de la Seguridad Social, calculado sobre el cien por cien de las bases de cotización, además del derecho a asistencia sanitaria –art. 38.1.a LGSS–) la «maternidad de la mujer trabajadora»¹, a lo que añade «la adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años»². El parto, la adopción o el acogimiento son, pues, los hechos que dan lugar al nacimiento de esta especial situación contractual en la que la trabajadora (o el trabajador –ya veremos en qué supuestos–) se encuentran con el privilegio de no tener que realizar sus obligaciones laborales recibiendo a cambio, no un salario, pero sí una prestación por la Seguridad Social.

Tal previsión aparece desarrollada en el artículo 48.4 ET –dentro de la suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo–, mostrando –así se desprende de su letra– «que no le importa en absoluto, a los efectos de adquirir el derecho, ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo –por ende– cobertura tanto a padres o madres solteros como a hijos matrimoniales o extramatrimoniales»³.

2. SUSPENSIÓN CONTRACTUAL POR MATERNIDAD/PATERNIDAD BIOLÓGICA

La suspensión por maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto⁴.

¹ Criticable redundancia pues «¿qué otra maternidad podría ser?». ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid (Civitas), 1995, pág. 215.

² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, pág. 5.826 y ss. Por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 81 y ss.

³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, págs. 37 y 40.

⁴ La primera regulación data de la Ley de 13 de marzo de 1900, cuyo artículo 9 ya señalaba la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto de tres semanas, regulación que fue ampliada posteriormente, a través del Real Decreto de 21 de agosto de 1923, a seis semanas. ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 83.

Es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del artículo 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo ⁵. Así, cabe mencionar, entre otras y como más significativas, las reformas introducidas, de un lado, por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora, y, de otro, por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar (desarrollada por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre), cuyo fin último no ha sido sino ampliar y perfeccionar los derechos anteriormente existentes. Ahora bien, «tales reformas no empecen un panorama en el que todavía existen evidentes impactos adversos hacia la mujer trabajadora» ⁶, tal y como se tendrá ocasión de analizar a lo largo del presente estudio.

2.1. Extensión temporal de la situación protegida.

La duración de la suspensión en el supuesto de parto sigue siendo de dieciséis semanas ininterrumpidas ⁷, con independencia de que el parto sea prematuro o a término siempre y cuando el neonado sobreviva ⁸. A esta regla general, procede efectuar, no obstante, las siguientes consideraciones:

2.1.1. Distribución del período de disfrute.

La interesada puede continuar distribuyendo a su gusto el período de disfrute (dieciséis semanas en el supuesto de parto simple) con la única limitación de respetar el requisito de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al alumbramiento ⁹. Estas seis semanas se siguen considerando como período de descanso posparto obligatorio, necesario para la recuperación física e incluso psíquica de la madre tras el parto ¹⁰; el resto de semanas o descanso voluntario puede disfrutarlas en

⁵ Por todos, MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 67 y ss.

⁶ CABEZA PEREIRO, J.: «Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 61, 2000, pág. 33.

⁷ Sobre la duración del descanso, por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 113 y ss.

⁸ MARINI, G.: «Aborto e parto prematuro nella tutela delle lavoratrici madri», *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 1, 1996, pág. 91 y ss.

⁹ El descanso de seis semanas tras el parto es obligatorio para la trabajadora, no facultativo. De las razones para la obligatoriedad y el juego del «poder» (*may*) y el «deber» (*must*) en el puerperio, CRIGHTON, W.B.: *Working women and the Law*, Londres (Mansell), 1979, pág. 50.

Como con acierto se ha señalado, en nada contribuye al cambio de roles sociales entre hombres y mujeres que el cuidado de los hijos, en las primeras semanas de vida, siga siendo considerado una responsabilidad propia de la mujer. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: «La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general», en VV.AA. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Coord.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 108-109.

¹⁰ SIERRA HERNÁIZ, E.: «Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo», *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1.236.

su totalidad o parcialmente, como desee, antes o después del parto, siempre que sea de forma ininterrumpida ¹¹ (salvo en supuestos excepcionales tal y como sucede en aquellos casos en que el neonato deba ser hospitalizado después del parto).

Así pues, la ordenación estatutaria permite que la futura madre pueda beneficiarse de hasta diez semanas de descanso con anterioridad al parto, quedando limitado en tal caso el período de atención al niño a unas insuficientes seis semanas. La posibilidad de agotar tan dilatado período no tiene sentido en la actualidad, al existir vías alternativas para acceder a la suspensión que permiten disfrutar *a posteriori* el descanso maternal completo: la incapacidad temporal cuando existan problemas de salud no conectados con el puesto de trabajo, y el riesgo durante el embarazo, para aquellos casos en que las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto ¹².

Algunos problemas pueden plantearse, también, en relación con los posibles errores en que pueda incurrir el facultativo a la hora de precisar la fecha del parto y anticipación del disfrute del derecho. En este caso, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio pueda ser reducido ¹³. La anterior solución viene inducida por lo dispuesto en el artículo 4.4 del Convenio núm. 183 de la OIT, en virtud del cual cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio se vea reducida. Ante esta situación es lógico, aunque el Real Decreto 1251/2001 no se pronuncia al respecto, que también se prolongue el pago de la prestación por maternidad ¹⁴.

2.1.2. Parto múltiple.

Tras la promulgación de la Ley 39/1999, se ha procedido a una mejor y más clara formulación de la ampliación del descanso por parto múltiple, acomodándola al número de hijos, de tal manera que el suplemento previsto por la Ley (dos semanas) se aplica «por cada hijo a partir del segundo», regla que es de aplicación también a la «maternidad» por adopción o acogimiento múltiple ¹⁵. Esto supone que si el parto es gemelar el descanso será de dieciocho semanas, incrementándose en dos semanas más por cada hijo (tres hijos suponen veinte semanas, cuatro hijos veintidós semanas, etc.).

¹¹ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1.165.

¹² GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia (DM), 2001, págs. 56-57.

¹³ STSJ Andalucía 17 mayo 1990 (Ar. 2727) o 12 julio 1993 (Ar. 3255).

¹⁴ MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, pág. 43.

¹⁵ GARCÍA MURCIA, J.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 29.

Es evidente que la nueva regulación introduce una mejora cuantitativa para los sujetos, cada vez más numerosos, que disfrutan de los efectos de la suspensión, pues aun cuando «algunos supuestos de partos múltiples tienen su origen en la fecundación natural, resulta innegable que buena parte de ellos son fruto de la aplicación –cada vez más frecuente– de avanzadas técnicas de fecundación artificial, que han multiplicado por seis el número de embarazos múltiples en los últimos veinticinco años... Un factor clave para explicar dicha frecuencia lo constituye, junto a la facilidad de acceder a estos métodos, el cambio experimentado en el comportamiento social de la mujer que le lleva, en ocasiones, a planificar su embarazo en función de su trabajo»¹⁶.

Por lo demás y por lo que se refiere al momento a partir del cual puede hacerse uso de este derecho ampliado, algún sector de la doctrina entiende que aunque la referencia normativa se efectúa al parto –«ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo»–, en la medida en que hoy día existe la posibilidad de conocer anticipadamente la existencia de la fecundación de más de un óvulo mediante el uso de ecografías, ello permite hacer uso del período de descanso adicional previsto en el artículo 48.4 ET con anterioridad al parto, puesto que, por otra parte, la Ley no exige literalmente que el hijo o los hijos nazcan vivos¹⁷.

Ahora bien, no parece demasiado acertada dicha postura doctrinal por cuanto, teniendo en cuenta que esta prolongación del descanso obedece exclusivamente a la finalidad de conceder a la madre una ayuda adicional, dada la mayor atención que debe dispensar por cada hijo nacido. Esta solución no parece de recibo si se tiene en cuenta que una gestación de varios fetos puede finalmente truncarse, sobreviviendo finalmente sólo uno o alguno de los gestados, lo que estadísticamente por desgracia suele ser frecuente. La concesión de un período mayor de descanso a una parturienta que sólo ha dado a luz un hijo por el mero hecho de que esperaba otro u otros, situaría a ésta en una clara ventaja respecto de otras madres de parto único, que procede entender injustificada. Ello permite apoyar la solución de esperar al parto para, una vez determinado el número de hijos con vida, ejercitar el derecho equivalente¹⁸.

Todo ello no debe hacer olvidar tampoco, cómo, aunque en un primer momento la nueva regulación del artículo 48.4 ET planteaba problemas respecto de la vigencia del subsidio por parto múltiple regulado en el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (con un importe igual al que corresponde percibir durante el período obligatorio de suspensión)¹⁹, el tema quedó zanjado por el Real Decreto

¹⁶ LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», *AL*, núm. 47, 1999, pág. 914.

¹⁷ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y adopción de hijos*, cit., pág. 56.

¹⁸ MERCADER UGUINA, J.R.: «Suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., págs. 56-57. Así, la STSJ Madrid 1 julio 1997 (Ar. 2612) en el caso de fallecimiento antes del parto de los fetos considera que «la necesidad de descanso se ve pluralmente perturbada por la presencia de más de un hijo, lo que no sucede cuando el fruto múltiple del embarazo se ha malogrado y ninguno llega a nacer».

¹⁹ El problema con respecto al mismo radicaba en que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, por la que se añade el capítulo IV bis (sobre la maternidad) de la LGSS, omitió cualquier pronunciamiento al respecto, siendo de este modo que la norma que lo preveía (el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social y la Orden de 13 de octubre de 1967, sobre la prestación por incapacidad

1368/2000, de 19 de julio (que desarrolla el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero)²⁰: en virtud del artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2000 se establece en el sistema de Seguridad Social una prestación económica de pago único por parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos; su cuantía, que se hace depender del salario mínimo interprofesional, está fijada en cuatro veces el mismo cuando el número de hijos nacidos sea dos; ocho, cuando el número de hijos sea tres; y doce, si éste es igual o superior a cuatro. Tal prestación es compatible, además, con el subsidio especial de maternidad por parto múltiple reconocido en el Decreto 3158/1966 (cifrado –como ya consta– en la cantidad que resulte de multiplicar el 100 por 100 de la base reguladora por cada hijo a partir del segundo durante el período de descanso obligatorio de seis semanas) a tenor del párrafo segundo del artículo 11 del Real Decreto 1368/2000²¹.

No obstante la claridad de la normativa anterior y por si duda hubiere, el artículo 3.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar que en los casos de «parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción». A estos efectos, «tendrán la consideración de beneficiarios quienes a su vez lo sean de la prestación económica por maternidad, si bien únicamente podrá percibirse aquél por uno de los progenitores que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre; en caso de adopción o acogimiento, será decidido por libre decisión de los interesados» (art. 4.4 RD 1251/2001).

De esta manera, «se prevén dos prestaciones con idénticos sujetos beneficiarios y sujetos causantes, esto es, se da la singularidad de que una misma contingencia es protegida a través de dos

laboral transitoria) podía ser considerada derogada, máxime cuando la Ley 3/1989 incrementó el período de disfrute. Sobre este particular es menester traer a colación el cambio que se produjo con la STS de 11 mayo 1998 (Ar. 4325), que admitió, basándose en que la Seguridad Social no ha de ser regresiva, la vigencia del subsidio especial por parto múltiple por lo que a los padres naturales se refiere. En el mismo sentido, SSTSJ Asturias 30 abril 1999 (Ar. 1149), Castilla y León 5 noviembre 1991 (Ar. 6244), 5 octubre 1992 (Ar. 5200), 24 marzo 1995 (Ar. 924), 16 febrero 1999 (Ar. 2824) y 15 mayo 2001 (*Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*). Ed. Estudios Financieros, núm. 224, 2001, pág. 176 y ss.)

No obstante, las dudas seguían estando en cuál había de ser el tiempo de duración del subsidio, pues si bien la jurisprudencia no dudó en señalar el de las seis semanas posteriores al parto, amparándose en que el hecho de que la norma haya ido modificando los derechos derivados del contrato (a catorce semanas con la LRL y a dieciséis o dieciocho, dependiendo si el parto fuese o no múltiple, con la Ley 3/1989) no había de implicar, salvo manifestación expresa del legislador, la alteración del sistema de protección de Seguridad Social instaurado. LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., pág. 913 y ss. o MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «Subsidio especial por parto múltiple (Comentario a la STS de 11 de mayo de 1988)», *RL*, núm. 9, 1999, pág. 64 y ss.

²⁰ Y ya con anterioridad mediante el informe emitido, el 15 de marzo de 1995, por la Subdirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en virtud del cual «en los supuestos de partos múltiples debe concederse un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero». FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 134-135.

²¹ GARCÍA ROMERO, B.: «La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social», *AS*, núm. 14, 2000, pág. 55 y ss.

prestaciones perfectamente compatibles»²². La razón que parece justificar tal duplicidad puede encontrarse en el hecho de que las situaciones de necesidad dignas de protección son distintas para el supuesto del «subsidio especial por parto múltiple», recogido en el artículo 3.2 del Real Decreto 1251/2001, y para el supuesto de la «prestación económica familiar por parto múltiple», regulada en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 1/2000. Así, para el primer caso, la situación de necesidad que el ordenamiento selecciona «es el período obligatorio que procede en caso de maternidad» y, en el segundo, «se trata de compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijos... cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple»²³.

Asimismo, comprendida igualmente en el ámbito de las prestaciones familiares de Seguridad Social, se incorpora una nueva prestación económica de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos (art. 2.2 RD-Ley 1/2000)²⁴, cuya finalidad no es otra que incentivar la natalidad, pues su regulación excluye injustificadamente a los adoptados, salvo para el cómputo de hijos, que lo serán todos, con independencia de sus filiaciones²⁵.

En fin –y por lo que aquí interesa–, el incremento del período de descanso por parto múltiple debe valorarse de forma positiva, salvo por el hecho de que se ha perdido la oportunidad de introducir una medida verdaderamente incentivadora del reparto de responsabilidades familiares, que hubiera podido consistir en asignar la titularidad de las semanas complementarias al padre, sin posibilidad de transferencia a la madre²⁶. Ello sin olvidar, como crítica adicional, que aun cuando la nueva regulación se adecua algo mejor que la vigente con anterioridad a las necesidades que a una familia se le presentan con este tipo de parto, lo cierto es que la concesión de dos semanas más por hijo es insuficiente, si tenemos en cuenta el esfuerzo y la dedicación que supone el cuidado de un nuevo hijo. Por eso mismo, podía haberse establecido un tiempo mayor de permiso no sólo en función del número de hijos que se tengan en un mismo parto, sino en función de los ya existentes²⁷.

2.1.3. Parto frustrado.

Aun cuando la norma no exige que el niño nazca vivo, razón por la cual su muerte no obsta al inicio o mantenimiento de la suspensión contractual contemplada en el artículo 48.4 ET, lo cierto es que parece razonable entender que en tal caso la suspensión quedará reducida al período

²² RIVAS VALLEJO, M.P.: «La mejora de la protección familiar: el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio», *TS*, núm. 119, 2000, pág. 93.

²³ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «El subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple», *TS*, núm. 23, 2001, pág. 27.

²⁴ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «Las prestaciones de protección familiar por nacimiento de hijo y por parto múltiple», *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000, pág. 19 y ss.

²⁵ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo», *TS*, núm. 123, 2001, págs. 16-17.

²⁶ PÉREZ DE RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 57.

²⁷ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., pág. 1.165.

do mínimo obligatorio de seis semanas dirigido a la recuperación física de la madre, pues, no existiendo recién nacido al que atender pierde sentido el descanso durante el denominado «período voluntario»²⁸.

Esta interpretación queda corroborada con lo dispuesto en el artículo 7.2 del Real Decreto 1251/2001, en virtud del cual «en supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieren agotado...». Esta regla será de aplicación «aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días».

2.1.4. Parto prematuro.

El parto frustrado conecta con otro supuesto, el parto prematuro, regulado por la disposición adicional 8.^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, a partir de la cual queda colmada una laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico, pues hasta la entrada en vigor de la disposición normativa mencionada «la llegada a casa del recién nacido, tras su necesaria estancia en el hospital, podía coincidir con la reincorporación de la madre a su trabajo por haber agotado el correspondiente permiso de maternidad»²⁹.

Afortunadamente, el legislador ha tomado conciencia de la doble situación que se produce en un parto de un niño inmaduro: de un lado, mientras el bebé se encuentra en el centro hospitalario, la parte fundamental del cuidado recae sobre la institución sanitaria, aunque la presencia de los padres durante algunas horas al día sea fundamental para la positiva evolución del niño; de otro, cuando es dado de alta todo el cuidado recae sobre los padres³⁰.

Bajo tales premisas, los derechos establecidos con la nueva regulación son los siguientes:

- a) El padre o la madre (no los dos) tendrán derecho a ausentarse una hora del trabajo (retribuida), y, asimismo, tendrán derecho a reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario. Se supone, aunque el nuevo artículo 37.4 bis) ET no lo especifica, que dicho permiso o reducción de jornada se mantendrá hasta que cese la hospitalización.

²⁸ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 95.

²⁹ LOPERA CASTILLEJO, M.J.: «La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiple tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral», cit., pág. 914. En la doctrina italiana, PALOMBA, A.C.: «Astensione obbligatoria in caso di parto prematuro», *Il. Dir. Lav.*, núm. 4, 2000, pág. 269 y ss.

³⁰ DE VICENTE PACHES, F. e IBÁÑEZ GOZALBO, M.: «El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro: un supuesto lamentablemente olvidado», *TS*, núm. 123, 2001, pág. 23.

- b) El período de suspensión del contrato por maternidad podrá iniciarse, a instancia de la madre, o, en su defecto, del padre, desde que se produzca el alta hospitalaria. Se excluyen del cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria del contrato de la madre ³¹.
- c) En consecuencia, tal y como el artículo 7.4 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, la percepción del subsidio por maternidad «se interrumpirá, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar». A tal efecto, se tendrán en cuenta las siguientes previsiones:
- Si el descanso se ha iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad podrá comprender el período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple.
 - Si el descanso por maternidad se ha iniciado antes del parto, la interrupción afectará únicamente al período que, en su caso, reste por disfrutar tras las seis semanas de descanso obligatorio.
 - Si durante la percepción del subsidio por maternidad se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad, no podrá interrumpirse dicho subsidio.

2.1.5. Enfermedades anteriores o posteriores al parto.

Como es lógico, los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del alumbramiento deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará –lógicamente– el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001) ³².

³¹ Pionero en incluir mejoras para las madres de niños prematuros ha sido el CC del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid (BOCM, 3 agosto 2000).

³² Un supuesto que, sin embargo, no ha sido contemplado es el conflictivo tema de la coincidencia en el tiempo del período de suspensión y las vacaciones, pudiendo argumentar, con carácter general, que la trabajadora no tiene derecho a solicitar el disfrute de sus vacaciones en época distinta, pues «no se puede disponer de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa» [STS 30 de noviembre 1995 (Ar. 8771). En el mismo sentido, STS 27 junio 1996 (Ar. 5389)]. *A sensu contrario*, parece que en caso de vacaciones no pactadas con carácter previo a la coincidencia entre el permiso por maternidad y las vacaciones, la trabajadora tendrá derecho a disfrutarlas en período distinto. En todo caso, nada impediría –lógicamente– que en convenio colectivo pudiera ser incluido un pacto en virtud del cual, y para el supuesto de superposición temporal entre el permiso por maternidad y las vacaciones, éstas se disfruten en un período distinto. BALLESTER PASTOR, M.A. y PONS CARMENA, M.: «Maternidad y responsabilidades familiares», en VV.AA. (PÉREZ DEL RÍO, T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1995, pág. 171. En sentido contrario, STSJ Baleares 29 abril 1991 (Ar. 2826) y STCT 10 octubre 1988 (Ar. 6149).

Asimismo, cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, en cuyo caso la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniere compatibilizando con el subsidio por maternidad. Es más, si agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continuaran en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).

Bien pudiera suceder, también, que, por las incidencias del embarazo o del parto, la suspensión inicial (por maternidad) debiera prolongarse; sin embargo, tal supuesto será, tal y como se encarga de precisar el artículo 9.1 del Real Decreto 1251/2001, de todo punto ajeno ya al ámbito de protección del artículo 45.1.d) ET y entrará de lleno en el correlativo de la letra c) de aquel precepto, es decir, de la incapacidad temporal³³, iniciándose a partir de ese momento –y sin solución de continuidad– el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación³⁴.

2.1.6. Aborto o interrupción irregular del embarazo.

Lo mismo sucede en los supuestos de aborto o interrupción irregular del embarazo, no en vano en tales casos no existe ningún proceso generativo, ni maternidad en sentido propio –en cuanto ésta ha sido interrumpida–, eliminando *ab initio* la posible continuidad de sus efectos y su natural resultado en el parto. Sabido es que la provocación del aborto no punible, esto es, el terapéutico (o con existencia de peligro físico o psíquico para la madre), eugenésico (cuando la gravedad se traslada al feto, siendo realizable hasta en veintidós semanas) y el ético (en las doce primeras semanas y a consecuencia de delito de violación denunciado), además del que ocurra de forma espontánea, va a traer como consecuencia inmediata la necesidad de tutelar la salud de quien lo padece, pues la situación presenta por lo general un cuadro de riesgos ineludibles y de inevitable recuperación física y, en su caso, psíquica. En este sentido, siendo el único bien jurídico a tutelar el de la recuperación de quien aborta, la mayor parte de la doctrina entiende que la interpretación correcta pasa por encuadrar tales supuestos dentro de la incapacidad temporal, aun cuando la causa que lo origina no sea exactamente la enfermedad ni el accidente³⁵.

Ahora bien, tal argumentación olvida que el objetivo fundamental de la protección por embarazo es la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora, objetivo que no se alcanza de forma eficaz con la protección que otorga la incapacidad temporal por enfermedad

³³ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 231 o GARCÍA NINET, J.I.: «La incapacidad temporal. La maternidad», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 378.

³⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 120.

³⁵ Por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, cit., pág. 128.

común ³⁶, pues «el régimen jurídico de la incapacidad temporal es de contenido cualitativa y cuantitativamente inferior al que rodea a la maternidad» ³⁷, a saber: a) la beneficiaria de la protección habrá de esperar hasta el cuarto día de la baja médica para beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social, quedando desamparada durante los tres primeros días, los cuales, según su estado de salud y el tiempo de la recuperación clínica, pueden constituir el ciclo completo de restablecimiento o, lo que es lo mismo, de duración de la alteración de la salud; b) la prestación, una vez nacida tras el período de espera, y teniendo en cuenta que la curación o eliminación de las posibles secuelas del aborto raramente se prolongarán más allá del vigésimo día de la baja, correrá íntegramente a cargo del empresario, que habrá de abonarla en pago directo, lo cual no facilita en medida alguna la promoción profesional de la mujer; c) la cuantía de la prestación es, desde la Ley 42/1994, inferior a la correspondiente a la contingencia de maternidad: el 60-75 por 100 de la base reguladora por contingencias comunes, frente al 100 por 100 por maternidad ³⁸.

La laguna existente en nuestro ordenamiento en este punto contrasta, además, con la preocupación puesta de manifiesto por los organismos internacionales y, en concreto, por la OIT, quien en su Recomendación núm. 95 sobre la protección de la maternidad, señala la conveniencia de que «los organismos de control deberían estar autorizados para prescribir en casos individuales... una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal... y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio» ³⁹. De todas formas, tampoco sería necesario, para lograr el fin último de proteger la situación laboral y la carrera profesional de la madre trabajadora, que el legislador extendiera al supuesto de aborto la protección por maternidad, bastaría que se regulara de manera similar a como se ha hecho con el supuesto de riesgo durante el embarazo –situación nueva creada por la Ley 39/1999–, pues «el fenómeno del aborto está íntimamente ligado a la maternidad y además sólo lo sufren las mujeres» ⁴⁰.

2.2. Titularidad del derecho.

Con el fin último de asegurar el cuidado de la descendencia ⁴¹, el legislador va a permitir, bajo determinadas circunstancias, que sea el padre –y no la madre– quien disfrute de los beneficios legalmente previstos. La Ley 39/1999 procede en consecuencia (mejorando el límite de las

³⁶ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y a la protección frente al despido», cit., pág. 1.167. Sobre esta misma idea, por extenso, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (Edresa), 1983, pág. 53.

³⁷ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 286 y ss.

³⁸ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de las dos contingencias», en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, pág. 278 y ss.

³⁹ MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», en VV.AA (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., pág. 43.

⁴⁰ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999», cit., pág. 1.167.

⁴¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., págs. 5.827-5.828.

cuatro semanas últimas establecido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo ⁴²⁾ e introduce un nuevo segundo párrafo al artículo 48.4 ET, para establecer que, no obstante lo anterior, para el caso de que padre y madre trabajen, el padre [trabaje o no para el mismo empresario que la madre] ⁴³⁾, a opción de la madre hecha con anterioridad al inicio del período de descanso, podrá disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del período total de suspensión posterior al parto, sin perjuicio de las seis semanas de reposo puerperal obligatorio, cuyo disfrute, irrenunciable, siempre corresponde a la madre ⁴⁴⁾.

Por tanto, «hay un sujeto en situación preferente, que es la madre y otro en una situación absolutamente secundaria, que es el padre» ⁴⁵⁾. El permiso por paternidad se sigue configurando, así, como una renuncia o cesión que la madre hace en favor del padre, a fin de que éste pueda disfrutar parte o la integridad del período de descanso voluntario posterior al alumbramiento (en el supuesto habitual de parto simple, hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad) y de la prestación correspondiente siempre que reúna los requisitos para acceder a dicha prestación de paternidad ⁴⁶⁾ (art. 4 RD 1251/2001).

Lógico es, de un lado, que se permita a la madre revocar la opción ejercitada al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del permiso y, por consiguiente, perciba una parte determinada e ininterrumpida del subsidio, cuando sobrevinieren «hechos que hicieran inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación y otras causas análogas» (art. 8 RD 1251/2001). De otro, que se posibilite a la madre acceder a la condición de beneficiaria del subsidio, aunque se hubiera reincorporado al trabajo, en aquellos supuestos en que hubiera optado por que el padre disfrutara de una parte del período de descanso por maternidad y éste hubiera fallecido, una vez iniciado el efectivo disfrute y antes de haberlo completado (art. 7.2 *in fine* RD 1251/2001).

El ejercicio del derecho de opción a favor del padre plantea, no obstante, especiales problemas en aquellos casos en los que el estado físico de la madre impide el cuidado del hijo y, a su vez, cualquier decisión relativa a la delegación de sus facultades en el padre. Piénsese en aquellos casos

⁴²⁾ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, pág. 103 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora», *RL*, 1989, Tomo II, pág. 86 y ss. o GONZÁLEZ VELASCO, J.: «La excedencia para atender el cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de marzo», *AL*, 1989, Tomo II, pág. 255 y ss.

⁴³⁾ No obstante lo cual, el TJCE entiende no discriminatoria una legislación en la cual la concesión de una baja para el cuidado de hijos es reconocida en exclusiva a la madre, y no alternativamente en favor de ambos padres, aun cuando ambos lleguen a un acuerdo. SSTJCE 184/83, de 12 de julio de 1984, asunto *Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse* y 312/86, de 25 de octubre de 1988, asunto *Comisión contra Francia*, donde establece literalmente que «la protección de la mujer en lo que concierne a la maternidad tiene por fin asegurar la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo (...) evitando que estas relaciones sean perturbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional».

⁴⁴⁾ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *AS*, 1999, Tomo V, pág. 107.

⁴⁵⁾ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTÍN, M.S.: «Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas», *cit.*, pág. 549.

⁴⁶⁾ RAMOS MORCILLO, M.J.: «La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de su contenido socio-laboral», *RTL*, núm. 86, 2000, pág. 690.

en los que a consecuencia del parto la madre queda en situación de inconsciencia (por ejemplo, en situación de coma) que se prolonga durante un período incierto de tiempo. La imposibilidad de prever este tipo de situaciones y la imperiosa necesidad de asistencia hacia el recién nacido por parte del padre exigen un entendimiento más flexible de la normativa vigente, bien en términos que permitan una más amplia comprensión del derecho de opción definido legalmente, bien, incluso, desde la equiparación de esta situación con el régimen de fallecimiento de la madre ⁴⁷, en cuyo caso el padre puede disfrutar de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión y del correspondiente subsidio (art. 7.2 RD 1251/2001).

Así –permítase la reiteración–, se posibilita al padre a hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, en caso de fallecimiento de la madre (sin exigirse, al menos expresamente, que el fallecimiento de la madre se deba a complicaciones surgidas durante el parto o puerperio), y no sólo, como señalaba la regulación anterior, del período restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba altamente incomprensible, ya que si, como era evidente, el objetivo del período de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimo-sexta semana, era el cuidado del hijo, dicha finalidad se frustraba con esa regulación ⁴⁸.

Con todo, el descanso del padre no es obligatorio –el término «podrá» no deja lugar a dudas–, ni siquiera cuando el fallecimiento de la madre se haya producido en el momento del parto. Ello es cuestionable, habida cuenta de que un niño de pocos días reclama altas dosis de vigilancia y atención, impensable sin la «obligatoria» y continuada presencia de al menos uno de los progenitores. Sin duda, perjuicios tales como el de la supuesta falta de capacidad del varón para atender las necesidades del recién nacido, unido a la creencia de la mayor aptitud de las abuelas para dispensar tales cuidados, inspiran una regulación de esta naturaleza ⁴⁹.

Además, el régimen jurídico actual sigue siendo incompleto, ya que se echa en falta el tratamiento de las otras situaciones más frecuentes en la actualidad que el fallecimiento de la madre, como es el fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después, pues aunque las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantiene en cotas superiores a las de fallecimiento de la madre, debido al incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida. La solución pasaría también en este caso, lógicamente, por que la norma garantizara de forma expresa el derecho al disfrute por el padre de, al menos, las seis semanas obligatorias posparto si la madre también hubiera fallecido ⁵⁰.

⁴⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: «La suspensión del contrato por razón de maternidad», cit., págs. 49-50.

⁴⁸ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 35.

⁴⁹ GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, cit., pág. 54.

⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 55. Por si duda hubiere de la trascendencia del descanso postparto, «la muerte de hijo o hijos nacidos no priva del derecho al descanso». ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 230.

2.3. Modalidades de disfrute de la suspensión.

Con el fin de adaptar el período de suspensión a las concretas necesidades de cada trabajador, esa posible distribución del descanso entre los dos miembros de la pareja puede seguir distintas modalidades:

Por un lado, con el objetivo último de que el padre pueda acceder al cuidado del hijo desde el momento mismo del nacimiento, el permiso parental puede disfrutarse de forma simultánea con el descanso materno, incluso desde el primer día del alumbramiento, o de forma sucesiva, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud, supuesto en el cual –y como es lógico– no puede disfrutar el padre de aquel período ⁵¹.

Por otro –y si se trata de un trabajador por cuenta ajena–, esos períodos de descanso pueden disfrutarse a «jornada completa o a tiempo parcial», lo cual abre la posibilidad (ya prevista en otros ordenamientos jurídicos como Francia, Países Bajos o Suecia) ⁵² de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada (pasando el trabajador a un régimen de tiempo parcial), y de que madre y padre se alternen durante el mismo período, y a media jornada, en los cuidados correspondientes ⁵³.

Bajo tales premisas y de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1251/2001, el disfrute a tiempo parcial del permiso por maternidad se ajustará a las siguientes reglas:

- a) El derecho no se concede a los trabajadores con carácter absoluto, sino que en todo caso es imprescindible el acuerdo previo con el empresario, de forma que las discrepancias serán resueltas –aunque el precepto no lo dice– por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial, preferente y sumario que finalizará con sentencia firme (art. 138 bis LPL).

⁵¹ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 230.

⁵² VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 2000, pág. 52.

⁵³ GARCÍA MURCIA, J.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 30.

No obstante, resulta sorprendente que el derecho a disfrutar el período de suspensión a tiempo parcial no se amplíe al sector funcionarial (ampliamente feminizado). El artículo 20 de la Ley 39/1999, que modifica el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, reproduce el contenido de la modificación introducida en el artículo 48.4 ET, pero omite el párrafo en que este derecho se reconoce. PÉREZ DEL RÍO, T.: «Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares», en VV.AA. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 63.

De ello cabe inferir –obviamente– que al empleador le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que el trabajador/a pretenda poner el disfrute del permiso en práctica bajo el mero pretexto de alegar perturbaciones en la organización productiva.

- b) Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, si bien –y como es lógico– en el caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas inmediatas al mismo, pues serán de descanso obligatorio.
- c) El período durante el cual se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.
- d) El disfrute del permiso bajo esta modalidad será ininterrumpido, de forma que una vez acordado con el empresario sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el titular de la organización empresarial y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud y la del menor.
- e) Durante el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.
- f) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.
- g) El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del artículo 37 ET y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo precepto. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el apartado 3 del artículo 46 del mismo texto legal.
- h) En fin, la base de cotización vendrá determinada por los dos sumandos siguientes: de un lado, la base reguladora del subsidio por maternidad, reducida en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral; de otro, las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

En definitiva, esta posibilidad de elegir entre jornada completa o a tiempo parcial puede ser adoptada tanto en caso de disfrute exclusivo de la madre como compartido con el padre. Más aún, es perfectamente posible que pueda optarse por un disfrute mixto, de manera que un cierto período sea a tiempo completo y otra parte a tiempo parcial. También parece posible que la madre y el padre opten por una modalidad diferente en caso de disfrute conjunto, la primera a jornada completa y el segundo a tiempo parcial o viceversa. Así, en virtud de la conjunción de las diferentes modalidades previstas en el ordenamiento jurídico, podrían adoptarse las siguientes posi-

bilidades: a) disfrute sólo materno, bien a jornada completa, bien a tiempo parcial o bien mixto; b) disfrute conjunto de ambos progenitores bien a jornada completa bien a jornada parcial; c) disfrute conjunto de ambos progenitores, pero uno de ellos a jornada completa y el otro a tiempo parcial; d) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando cada uno de ellos por un disfrute mixto (parte a tiempo parcial y parte a jornada completa); e) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando uno de ellos por una modalidad (jornada completa o a tiempo parcial) y el otro por un disfrute mixto. Todo ello sin olvidar, en último extremo, el hecho de que el disfrute conjunto puede ser sucesivo o simultáneo ⁵⁴.

Con todo, este conjunto de posibilidades no soluciona de forma satisfactoria el grave problema que se plantea cuando el estado de salud de la madre le impide hacerse cargo del cuidado del hijo ⁵⁵, máxime cuando la solución alternativa, la concurrencia de la situación de suspensión materna con la de excedencia paterna, tampoco resulta suficiente, ya que la excedencia no es remunerada y su disfrute supondría una disminución notable de los ingresos de la familia en un momento en que los gastos se incrementan ⁵⁶.

Por su parte, la posibilidad de disfrute de la suspensión a tiempo parcial tiene sin duda un carácter positivo tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre, como del reparto de responsabilidades familiares, pero, inexplicablemente, se condiciona al acuerdo individual con el empresario, lo cual, de un lado, no sucede –al menos formalmente– con otros derechos de conciliación reconocidos en la Ley ⁵⁷ y, de otro, obliga a presumir que el desacuerdo determina el mantenimiento del sistema tradicional de la interrupción total de la actividad profesional ⁵⁸.

En suma, el alcance de la reforma no parece espectacular, pues aun cuando se amplía la posibilidad del reparto del permiso de maternidad entre ambos progenitores cuando ambos trabajen, flexibilizándose la forma en que puede ejercitarse, lo cierto es que la Ley 39/1999 y el Real Decreto 1251/2001 que la desarrolla no han conseguido configurar el permiso por paternidad como un derecho individual y autónomo del padre; antes al contrario, continúa siendo un derecho derivado y acce-

⁵⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *Familia y trabajo. El régimen de su armonización*, cit., págs. 95-96.

⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)», *RL*, núm. 18, 1999, pág. 4.

⁵⁶ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», cit., pág. 56. En este sentido, la STJCE 411/96, de 27 de octubre de 1998, asunto *Boyle*, considera contraria al Derecho Comunitario una cláusula contractual que impide a una mujer acogerse a una situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el permiso por maternidad, salvo que opte por integrarse al trabajo y terminar definitivamente el descanso por maternidad.

⁵⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate», cit., pág. 56.

⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, núm. extraordinario, 2000, pág. 83.

sorio de la madre, que sigue siendo la única y exclusiva titular del mismo, de modo que si ésta no trabaja o no tiene derecho al disfrute del permiso ⁵⁹ o no accede a que el padre disfrute de parte del período de descanso materno, éste no tendrá derecho a permiso alguno ⁶⁰.

Como con acierto se ha señalado, «facilitar el disfrute por el padre no es igual que incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos y no parece que esta flexibilización haya producido *per se* un incremento masivo de los supuestos en que el padre solicite total o parcialmente el disfrute del permiso» ⁶¹, razón por la cual la regulación actual de la suspensión del contrato por maternidad no es capaz de superar del todo el conocido eslogan «mi marido es mi enemigo» ⁶².

2.4. Deficiencias en materia de protección social.

Si hablar de riesgo en Seguridad Social «supone la potencialidad de sufrir algún daño, derivado del trabajo que se presta o no, nos encontramos, en primer término, con una clara distinción entre la enfermedad, motivadora junto al resto de los riesgos de la "asistencia y prestaciones sociales", y la maternidad, entre otras razones por la mayor previsibilidad que para esta última se presenta» ⁶³.

⁵⁹ Como sucede en el supuesto de una Registradora de la Propiedad, no incluida ni en el ámbito de aplicación del ET ni en el de la Ley 30/1984, resuelto por la STSJ Navarra 29 febrero 2000, *apud Carta Laboral*, núm. 35, 2000, pág. 102 y ss., en la cual el órgano juzgador hace una interpretación forzada al extremo para lograr la justicia material en el caso concreto y permitir que el padre, incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, disfrute del derecho a la prestación por maternidad. Un supuesto similar (trabajadora afiliada a la Mutualidad de la Abogacía) es resuelto por la STSJ País Vasco 9 febrero 1999 (citada por LÓPEZ LÓPEZ, J., en *JL*, núm. 1, 2000, pág. 207).

Este criterio flexibilizador ha sido, empero, corregido por la STS 28 diciembre 2000 (Ar. 2001, 1882), en virtud de la cual taxativamente se declara que «la trabajadora no puede ser titular de los derechos reconocidos en el ET a los trabajadores por cuenta ajena y, consiguientemente, no puede hacer cesión a su marido de un derecho del que carece». Una severa crítica a esta resolución en CUENCA ALARCÓN, M.: «El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcionarial», *RL*, núm. 8, 2001, pág. 73 y ss.

Algún sector de la doctrina, con acierto, ha manifestado que el reconocimiento de la protección por maternidad en favor del padre debería realizarse siempre, previa opción de la madre, y ello con independencia de que la misma sea o no trabajadora o beneficiaria de la protección, ya que, aunque a efectos del descanso, será necesaria la actividad laboral por cuenta ajena de la madre, tal como se recoge en el artículo 48.4 ET, a efectos de la protección, el contenido de la adicional undécima *bis* de la LGSS posibilitaría su reconocimiento. MARTÍNEZ LLANOS, N.: «Maternidad biológica y adoptiva en la Seguridad Social: opciones, descansos y prestaciones», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 5, 2001, pág. 31. En fin, esta interpretación parece que ha sido acogida por el Real Decreto 1251/2001, pues únicamente supedita la condición de beneficiarios (del padre o de la madre) al hecho de que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos (art. 4.1 párrafo 3º).

⁶⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 108.

No se comprende muy bien por qué la STSJ Castilla-La Mancha 19 octubre 1998 (Ar. 3966) considera que el convenio colectivo aplicable en la empresa de la madre es el que regula la duración del descanso por maternidad en los casos de transferencia al padre. Como con acierto se ha dicho, «el que la madre trabajadora sea la titular del derecho al descanso no supone que, en caso de transferencia al padre trabajador de parte de ese descanso, su duración esté condicionada por la normativa (legal o convencional) aplicable a la madre sino por la aplicable al padre al que se ha efectuado la transferencia oportuna. ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 80.

⁶¹ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 55.

⁶² BENSON, S.P., *apud* COBBLE, D.S.: «Introduction (Remaking unions for the new majority)», en VV.AA.: *Women and Unions*, Nueva York (D.S. COBBLE), 1993, pág. 14.

⁶³ NEVADO FERNÁNDEZ, M.J.: «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y Seguridad Social)» (I), *REDT*, núm. 105, 2001, pág. 381.

De ahí, y sin perjuicio de la íntima relación existente entre ellas desde el punto de vista instrumental, la obligada crítica a la situación mantenida con anterioridad a la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a partir de la que se regula la maternidad de forma independiente a la incapacidad temporal, dando con ello un primer paso en la consideración de estar ante una contingencia desde la que se protegen intereses varios (a satisfacer no sólo por la madre) y un definitivo paso en cuanto a la elevación del porcentaje del subsidio (del 75 al 100 por 100 de la base reguladora).

Con todo, no cabe olvidar tampoco cómo la regulación legal vigente sigue planteando enormes problemas ⁶⁴, que aquí sólo van a quedar apuntados, pues un estudio en profundidad de los mismos excedería con creces las pretensiones de este trabajo:

1. Como la suspensión contractual por maternidad opera independientemente del derecho a la prestación, puede darse el caso de que la trabajadora cuyo contrato está en suspensión por parto no perciba subsidio alguno, por no reunir el período de carencia legalmente exigido (ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante) ⁶⁵. Tratándose del período de descanso voluntario, es opcional para la trabajadora tomarse o no el permiso, a sabiendas de que su merma de salario no se verá compensada con cargo a la Seguridad Social, máxime cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 *in fine* del Real Decreto 1251/2001, puede optar por que sea el padre quien perciba el subsidio «durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de seis semanas, siempre que aquél acredite el mencionado requisito».

Menos razonable y justa se presenta, sin embargo, tal situación durante el período de descanso obligatorio, configurado como una medida de salud laboral de insoslayable cumplimiento, razón por la cual el artículo 133 ter LGSS (y –cómo no– el art. 4 del RD 1251/2001) tendría que modificarse en el sentido de no exigir a la trabajadora carencia alguna ni estar en situación de alta o asimilada para tener derecho a la prestación por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto ⁶⁶, máxime cuando la Directiva 92/85,

⁶⁴ Por extenso, sobre la maternidad y las prestaciones de Seguridad Social, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La maternidad ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 111 y ss.

⁶⁵ Por extenso, FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999, pág. 19 y ss. No precisa la LGSS cuál ha de ser el período en caso de optar por descanso con anterioridad al parto, pues tal como se precisa parece que las cotizaciones posteriores al inicio del descanso prenatal deban ser computadas a efectos de carencia. No obstante, sí se ha producido la corrección oportuna a los efectos de facilitar el acceso a la prestación de aquellos que sean trabajadores a tiempo parcial (trabajadoras en su mayoría), siendo en la actualidad (tal y como se encarga de precisar el art. 4.2 RD 1251/2001) el artículo 3.1 del Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, el que en su número primero determine que para acreditar los períodos de cotización necesarios «se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas (sean ordinarias o complementarias, y en función de la equivalencia en días teóricos de cotización)», una vez que el artículo 4 del Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, fijara que «el período de cinco años... se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada habitual en la actividad correspondiente». GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La protección social de los trabajadores a tiempo parcial», en VV.AA. (CASAS BAAMONDE, M.E. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Coords.): *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Valladolid (Lex Nova), 2000, pág. 241 y ss.

⁶⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 108.

de 19 de enero, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, tampoco condiciona el beneficio de la prestación a los mencionados requisitos de alta y de cotización previa ⁶⁷.

2. Así se solucionarían, de una vez por todas –y pese al notable avance que en este sentido ha introducido el Real Decreto 1251/2001–, los problemas derivados de «la extinción de la relación laboral, normalmente porque el contrato temporal llega a su fin, mientras la trabajadora se encuentra de baja por incapacidad temporal, pasando a continuación a la situación de baja por maternidad» ⁶⁸. En estos casos –y antes de la disposición reglamentaria mencionada–, extinguido el contrato laboral, la Entidad Gestora continuaba pagando la prestación de incapacidad temporal a la beneficiaria pero cuando tras el parto ésta solicitaba la prestación por maternidad la Entidad la denegaba por incumplimiento del requisito de estar en situación de alta o asimilada al alta. Esto se producía porque, aunque el ordenamiento admitía la permanencia en la situación de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato, esta situación no se consideraba como asimilada al alta (art. 125 LGSS) como sí ocurría con la situación de desempleo con derecho a prestación, razón por la cual una vez que la mujer pasaba de una situación (incapacidad temporal por enfermedad común) a otra (maternidad) podían encontrarse con la negativa de la Entidad a concederle la prestación por falta de cumplimiento del requisito de estar en alta o asimilada al alta en la Seguridad Social. Con todo y en aplicación del principio *pro beneficiario*, los Tribunales venían condenando en estos casos a la Entidad Gestora a satisfacer a las trabajadoras la prestación en estos casos, confiriendo a la incapacidad temporal la naturaleza de situación asimilada al alta, al entender que la inexistencia de un mandato expreso que estableciera situación asimilada al alta para la situación de incapacidad temporal no debía ser entendida como expresión legal de voluntad negativa al respecto, sino como laguna legal ⁶⁹.

Ahora bien, aunque la cuestión se haya solventado en la práctica, primero, a través de una doctrina judicial consolidada, y, después, mediante la Resolución de 14 de junio de 1995 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad

⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia», *RL*, núm. 14, 2000, pág. 10.

⁶⁸ CES: *La protección social de las mujeres*, Madrid (CES), 2000, pág. 107.

⁶⁹ SSTS 20 enero 1995 (Ar. 393), 8 febrero y 10 mayo 1996 (Ar. 861 y 4389) o 19 febrero 1997 (Ar. 1449) y SSTSJ Cataluña 8 y 12 julio 1994 (Ar. 3034 y 3047).

En este sentido, «la exigencia legal del alta o situación asimilada al alta no debe ser pedida con rigor formalista en todos los casos, sino que ha de interpretarse y valorarse en un sentido humano e individualizador acorde con la realidad y circunstancias de cada supuesto concreto, teniendo en cuenta el carácter tuitivo de la legislación social que se inspira en directrices de protección del trabajador en aquellas situaciones de infortunio por las que atraviesa». STSJ Andalucía/Málaga 13 enero 1994 (Ar. 301). Por extenso, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 124.

Aplicando analógicamente esta doctrina se ha estimado que «esta misma finalidad protectora cabe aplicarla cuando la trabajadora estuviera afiliada al RETA, al disponer la normativa que su reconocimiento seguirá la normativa del Régimen General, en que se considera que la trabajadora está en situación asimilada al alta, en el momento de ser alta en situación de incapacidad temporal, aunque tuviese extinguido su contrato de trabajo, pues tampoco puede trabajar en la situación de maternidad o no es recomendable a su estado y no puede cobrar la prestación por no estar en situación asimilada al alta, como pretende la entidad gestora, lo que es contrario al principio protector de la situación que da origen a la prestación». STSJ Cantabria 31 enero 2000 (Ar. 436).

Social, la laguna jurídica permanecía en la LGSS que seguía sin regular esta situación de tránsito desde la situación de incapacidad temporal durante la cual se extingue el contrato a la de maternidad, mientras que sí preveía el paso desde la incapacidad temporal a la situación de desempleo y viceversa (art. 222.1 y 222.2 LGSS) ⁷⁰.

Tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, el legislador parece haberse dado cuenta de lo absurdo que resultaría, en primer lugar, que de la incapacidad temporal se pudiera pasar a la situación de desempleo aun no estando en alta, y de éste a la maternidad (pues a dichos efectos el desempleo es situación asimilada al alta), y en cambio no pudiera considerarse directamente la incapacidad temporal una vez extinguido el contrato como asimilada al alta a efectos de maternidad sin ese previo tránsito por la protección por desempleo ⁷¹; y en segundo término, que la trabajadora no pudiera pasar a situación de desempleo al no estar en disposición de trabajar –razón por la que no está obligada a inscribirse como demandante de empleo, ni a solicitar prestación– pero tampoco pudiera acceder a la protección por maternidad porque, extinguido su contrato, no ha pasado a percibir prestaciones por desempleo ⁷².

A este respecto, el artículo 9.4 del Real Decreto 1251/2001, por el que se desarrolla, en el ámbito de la Seguridad Social, en relación con los subsidios por maternidad y riesgo durante el embarazo, la Ley de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, resuelve esta duda de forma definitiva, garantizando el descanso de la mujer, no frente a un trabajo, sino frente a la necesidad de búsqueda activa y aceptación de un nuevo empleo (de ahí, por lo demás, que se considere situación asimilada al alta, a efectos de incapacidad temporal, el desempleo involuntario total y subsidiado). Para empezar, reconoce el derecho de la trabajadora a la prestación por maternidad en los casos de extinción del contrato antes del inicio del descanso, aunque no se haya pasado a desempleo o éste se haya concluido durante la incapacidad temporal precedente a la maternidad. Junto a este supuesto prevé el mantenimiento del derecho a percibir el subsidio cuando el contrato se extinga iniciado ya el descanso. Y, en fin, contempla igualmente que si persiste la incapacidad temporal una vez concluido el período de descanso maternal, se reanude el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente. También conforme a la norma reglamentaria citada se causará derecho al subsidio por maternidad si entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no hay solución de continuidad y, por tanto, ni reincorporación al trabajo, ni paso a la situación de desempleo.

3. Pero no se agota aquí la casuística relativa a los problemas que previas situaciones de inactividad laboral pueden ocasionar a la mujer trabajadora para poder consolidar el derecho a las prestaciones derivadas de la maternidad. Otro ejemplo, de menor incidencia y sobre el que de momento, que se sepa, no existe jurisprudencia aunque sí doctrina judicial, es el que atañe a la excedencia para el cuidado de hijos. En concreto, la duda se planteó respecto de una trabajadora que estando en el tramo final del período de disfrute de dicha excedencia,

⁷⁰ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Madrid (MTAS), 2000, pág. 201 y ss.

⁷¹ Máxime cuando, por ejemplo, se considera situación asimilada a la de alta el período de noventa días posteriores a la baja en el régimen especial de autónomos. STSJ Aragón 3 abril 2000 (Ar. 933).

⁷² MARTÍNEZ MORENO, C.: «Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: algunas cuestiones pendientes», *AS*, núm. 17, 2001, pág. 49.

y antes de reincorporarse al trabajo, dio a luz a un nuevo hijo, supuesto contemplado en el propio artículo 46.3 ET, conforme al cual dicha situación daría lugar a la reapertura de un nuevo derecho a la excedencia, previa extinción o agotamiento de la situación anterior.

La doctrina judicial a este respecto es contradictoria. Así, algún pronunciamiento deniega el derecho a obtener en ese caso el subsidio de maternidad a que daría lugar el disfrute del descanso correspondiente, al no considerar (con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1251/2001, que corrige, en su disposición adicional tercera tal interpretación) la excedencia para el cuidado de hijos como situación asimilada al alta⁷³. La razón de fondo es, precisamente, que no cabe reconocer el derecho al descanso a quien en el momento del parto no se encuentra en activo. Por contra, otras sentencias resuelven en sentido inverso, por considerar la maternidad y la alteración de la salud como hechos biológicos diferenciados y merecedores de un trato normativo diferente: la protección integral de la paternidad o la consideración como situación asimilada al alta y como período de ocupación cotizada que el primer año de excedencia para el cuidado de hijos tiene⁷⁴.

Sorprende, por tanto, que haya desaparecido del texto definitivo del Real Decreto 1251/2001 lo previsto en el artículo 5.2 del Proyecto, en virtud del cual se contemplaba como situación asimilada al alta respecto del subsidio por maternidad la correspondiente al «mes siguiente al cese en la situación que dio lugar a la excedencia forzosa o situación equivalente...». La razón de la supresión (no compartida –como es obvio–) puede encontrarse en el hecho de que esta previsión «podía permitir una interpretación ampliatoria, por vía analógica, cuando técnicamente la beneficiaria de la protección por maternidad no se encontrara en excedencia para el cuidado de hijos, sino en otra situación de inactividad que, por su finalidad común, sea asimilable a la misma»⁷⁵.

4. Es más –y por si fuera poco–, sin duda la desconfianza frente a la utilización fraudulenta de la prestación por maternidad se ha mantenido (pese a la desaparición por medio de la Ley 3/1989 de su manifestación más evidente: la exigencia de un tiempo de afiliación mínimo anterior al parto de nueve meses, en el entendimiento de que el fomento de la natalidad debe primar frente a la tentación de un comportamiento fraudulento en quien, conociendo su embarazo, se afilie y dé de alta inmediatamente con el solo fin de acceder irregularmente a una prestación como la analizada) y ha llegado a su extremo más injustificado en el momento en que el ordenamiento español establece serias cautelas para evitar la concurrencia de incapacidad temporal y prestación por maternidad cuando tras el embarazo y el parto la salud de la madre corre peligro.

En tal caso, la Ley 39/1999 mantiene sin modificar la redacción normativa anterior contenida en el artículo 48.4 ET y establece la prohibición de que el padre pueda acceder, siquiera por transferencia expresa de la madre, a la suspensión y prestación de maternidad correspondiente. El mantenimiento tras la reforma, en la que no incide el Real Decreto 1251/2001,

⁷³ STSJ Andalucía/Sevilla 4 junio 1999 (Ar. 3126).

⁷⁴ STSJ Murcia 7 junio 1999 (Ar. 2072).

⁷⁵ MARTÍNEZ MORENO, C.: «Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: algunas cuestiones pendientes», cit., pág. 50.

de una situación normativa tan deplorable indica a las claras, de un lado, que pese al título de la norma, el cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusivamente femenina, que la obliga a asumir situaciones casi heroicas, no sólo a costa de sus condiciones laborales sino incluso de su propia salud; de otro lado, que se aplican a la situación de maternidad, tan claramente objetivizada como difícilmente fraudulenta y necesitada actualmente de promoción, los mismos presupuestos de presunción de fraude que se predicen de prestaciones que atienden a situaciones bien diferentes ⁷⁶.

En definitiva, «late en la redacción de la norma la desconfianza de que la excusa de la maternidad sirva para que bajo la forma de incapacidad temporal materna y prestación de maternidad paterna se duplique la prestación de Seguridad Social por un mismo hecho causante. Olvida, sin embargo, el legislador que ni se trata del mismo hecho causante (uno de ellos es la maternidad, el otro, la enfermedad materna), ni resultan sociológicamente convenientes, en vista del tradicional apartamiento paterno de las responsabilidades domésticas y familiares, garantías tan férreas ante situaciones tan extremas» ⁷⁷.

5. Podría afirmarse, así y a las claras, que las sucesivas reformas de la prestación de maternidad no han ido dirigidas a la objetivización de sus características para desvincularla absolutamente de los requisitos de cotización y para liberarla de injustificadas garantías frente al fraude. Antes al contrario, la desvinculación de la prestación de incapacidad temporal que se produjo con la Ley 42/1994 ⁷⁸, y que ya había sido apuntada por normas internacionales y comunitarias ⁷⁹, tuvo como sentido fundamental una corrección meramente formal motivada por el hecho de que no necesariamente existía carencia de salud cuando se aplicaba la prestación de maternidad, lo que resultaba evidente tanto por la posibilidad de que el padre disfrutara del permiso, como por su aplicación a los supuestos de adopción. Todo ello ponía de manifiesto que el bien protegido con la prestación no se limitaba exclusivamente a la salud, sino que abarcaba también la especial relación entre recién nacido y madre o padre.

⁷⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25. Afortunadamente la STJCE 411/96, de 27 de octubre de 1998, asunto *Boyle*, ha considerado contraria al Derecho Comunitario una cláusula contractual que impide a una mujer británica acogerse a una situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el permiso de maternidad, salvo que opte por reintegrarse al trabajo y terminar definitivamente el descanso por maternidad.

⁷⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25.

⁷⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal», en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, pág. 440 y ss. La reforma en este punto puede ser valorada como totalmente positiva, al menos por cuanto deja de asimilar la maternidad –en sus dos concepciones: la biológica, para hacer referencia a las diferencias típicas y específicas de la mujer durante el embarazo y el alumbramiento; y la sociológica, en alusión al papel preponderante atribuido a la mujer en la crianza y en la educación de sus hijos– a la enfermedad y le otorga una regulación propia, vinculada a la necesidad de descanso de la mujer y en beneficio del recién nacido. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., págs. 111-112.

Como de forma magistral ha dado a entender el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la situación de embarazo es portadora de derechos en y por sí misma, y no sobre la base de comparaciones artificiales con enfermedades o motivos de incapacidad comunes a ambos sexos, ni siquiera admisibles entre individuos del mismo sexo. STJCE 179/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Handels-og Lontorfunktionaerernes forbund*.

⁷⁹ Un extenso estudio sobre esta normativa en CORTE HEREDERO, N.: «Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 9, 1998, pág. 94.

Pese a todo, la diferenciación prestacional operada con la Ley 42/1994, con la excepción del incremento de la cuantía de la prestación (del 75 por 100 al 100 por 100 de la base reguladora)⁸⁰, no supuso sino alteraciones limitadas al ámbito de la gestión, cuyo sentido estaba inspirado en la necesidad de otorgar un trato igual al supuesto de percepción materna o paterna; puesto que en casos de percepción por el padre no se producía la colaboración de las empresas en la gestión, sino el pago directo por parte del INSS, la reforma de 1994 fue aprovechada para unificar los requisitos de gestión de la prestación y eliminar la colaboración empresarial por medio del pago delegado también en el supuesto de percepción materna⁸¹. A cambio, la trabajadora embarazada que por medio del sistema de pago delegado tenía asegurado el mantenimiento continuado de su renta salarial en el momento que pasaba a la prestación de maternidad, se encuentra actualmente con un vacío temporal de ingresos motivado por los requerimientos temporales para el reconocimiento de la prestación de maternidad por parte del INSS⁸² (art. 13 RD 1251/2001).

3. SUSPENSIÓN POR FILIACIÓN NO BIOLÓGICA

El ET (tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, por lo que aquí interesa, hizo coincidir los supuestos de hecho filiación biológica-adoptiva-acogimiento como causas que dan lugar a la suspensión y al subsidio de Seguridad Social por maternidad, reflejando la tendencia de aproximación de la legislación española al *employed-mother-model*⁸³, tomado como referente también por otras muchas legislaciones⁸⁴) no limita su cobertura en este ámbito a la procreación biológica, sino que incluye dentro de las causas de suspensión del contrato la adopción y el acogimiento (art. 48.3 párrafo 3.º)⁸⁵.

⁸⁰ Este incremento merece una valoración harto positiva, dadas las constantes y casi unánimes invocaciones en defensa de una función social de la maternidad, pretensión obviamente incompatible con la exigencia de un sacrificio económico para la mujer por el hecho de ser madre y cumplir un papel reconocido de interés para la comunidad. CHACARTEGUI JAVEGA, C.: «La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal», en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, cit., pág. 201.

El considerable aumento en la prestación parece pretender incentivar la mentada función social, relacionada con objetivos demográficos, así como ayudar al mantenimiento de la mujer en el mal llamado mercado de trabajo; fines estos apoyados en el establecimiento de un subsidio de cuantía similar al salario habitual, constituido en una «especie de salario maternal», que, por otra parte, fue un objetivo ya pretendido por la Directiva 92/85, y, al tiempo, habida cuenta de que más de dos tercios de los convenios colectivos contemplaban en este supuesto prestaciones complementarias a las de la Seguridad Social, no sólo supone una mejora para la perceptora, sino también para los empresarios, quienes descargan en la sociedad el peso de las mejoras pactadas o voluntariamente concedidas. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 130.

⁸¹ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, cit., pág. 199.

⁸² BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., págs. 26-27.

⁸³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., pág. 5.828.

⁸⁴ LEYRA, A.: *Welfare states and working mothers. The Scandinavian experience*, Cambridge (Cambridge University Press), 1992.

⁸⁵ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, A.: «Acogimiento de menores ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?», *AS*, núm. 18, 1997, pág. 20 y ss.

En tal sentido, uno de los principales bloques de novedades (no exento de críticas) contenido en la Ley 39/1999 (y en su desarrollo reglamentario) afecta a la suspensión contractual en los casos de filiación no biológica ⁸⁶, a saber:

1. Se añade una nueva situación no contemplada en la legislación anterior (que puede posibilitar la suspensión del contrato de trabajo y la prestación de la Seguridad Social –art. 2.2 RD 1251/2001–) ⁸⁷, cual es el acogimiento familiar permanente, recogiendo las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y terminando con la polémica respecto a si eran objeto de protección situaciones distintas del acogimiento preadoptivo ⁸⁸.

«Ahora, únicamente el acogimiento simple queda excluido de protección» ⁸⁹, lo cual puede encontrar justificación –harto criticable– en el hecho de que este tipo de acogimiento puede dar lugar a una compensación económica en favor de los acogedores (art. 173.2.5.º CC). «En un terreno *de lege ferenda* la solución vendría por una declaración de incompatibilidad de la prestación por maternidad con la compensación económica por acogimiento, caso de existir. Pero carece de justificación negar también al acogedor la posibilidad de suspender su contrato de trabajo, dado que esta institución está pensada para ocuparse del menor mientras dure la situación de acogimiento» ⁹⁰.

2. La duración del permiso se extiende hasta hacerlo coincidir con el previsto para los hijos biológicos (16 semanas, incluyéndose la ampliación para los supuestos múltiples) ⁹¹, unificándose en seis años el límite de edad de los hijos para tener derecho al descanso ⁹². Se ha producido, por tanto, una doble parificación en la duración del permiso: comparativa (respecto de los hijos biológicos) e interna (atendiendo a la edad del menor, pues se elimina la distinta duración que anteriormente tenían los permisos, según que el sujeto causante fuera menor de cinco años o de nueve meses) ⁹³.

⁸⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., págs. 41-42.

⁸⁷ Correlativamente, el nuevo artículo 133 *bis* LGSS incluye también esa referencia en relación con las situaciones protegidas por la prestación de maternidad. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 6.

⁸⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, núm. 24, 1999, pág. 26.

⁸⁹ PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 201, 1999, pág. 63. En este sentido, STSJ Madrid 6 mayo 1999 (Ar. 1948). Alguna sentencia reciente considera, sin embargo, que debe quedar incluido el acogimiento en general, STSJ Murcia 14 noviembre 2000 (*Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*). Ed. Estudios Financieros, núm. 215, 2001, pág. 231 y ss.).

⁹⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 85.

⁹¹ En este sentido, con anterioridad a entrada en vigor de la Ley 39/1999, SSTSJ Cataluña 30 noviembre 1998 (Ar. 6921) o Castilla y León 15 marzo 1999 (Ar. 636).

⁹² CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas», cit., pág. 109.

⁹³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *AS*, núm. 20, 2000, pág. 20.

Tal equiparación debe ser calificada como positiva en aras de una mayor seguridad jurídica, pero no porque la situación anterior resultara discriminatoria para los padres e hijos adoptivos o acogidos frente a los padres e hijos biológicos, pues los supuestos tutelados no son equiparables, y, por lo mismo, no exigían forzosamente idéntico tratamiento legal: en la maternidad biológica el bien jurídico protegido es complejo, no en vano comprende tanto la adecuada recuperación de la salud de la madre tras el parto como el cuidado del hijo y la necesidad de establecer una relación de convivencia entre madre (o padre) y el recién nacido; en la filiación adoptiva, el interés tutelado es exclusivamente el fortalecimiento de la relación familiar y la atención del hijo, que no siempre será un recién nacido ⁹⁴.

3. El término inicial del cómputo del permiso se establece de manera alternativa para el trabajador/a: o en la decisión de acogimiento o en la de adopción ⁹⁵; realmente lo que quiere significar el precepto es que por el mismo sujeto causante (por utilizar la terminología de la Ley) no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción, «pues supondría una duplicación de medidas con idéntico objeto y la finalidad perseguida (la adaptación del niño a su nueva realidad familiar) ya se habrá cubierto por el disfrute de la suspensión por acogimiento» ⁹⁶.

Sí existe, sin embargo, una muy concreta regla para el supuesto, cada vez más frecuente, de la adopción internacional: se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la misma (art. 4.1 RD 1251/2001), evitando con ello lo que en otro caso pasaría por la necesidad de acuerdo con el empresario de utilización de figuras previstas para otras finalidades: por ejemplo, el adelanto del disfrute del período de vacaciones. Esa anticipación comporta, además, la posibilidad de que se inicie una suspensión por adopción finalmente no consumada, lo que determinará el cese de la suspensión y de la prestación correspondiente pero, salvo que hubiere mediado mala fe o fraude, ninguna otra consecuencia desfavorable para el trabajador/a ⁹⁷.

Lógicamente, se equipara a las españolas el valor de las resoluciones extranjeras en materia de adopción y acogimiento a efectos de la aplicación de lo establecido en la propia Ley 39/1999 ⁹⁸ y en el Real Decreto que la desarrolla (art. 2.2 RD 1251/2001).

4. Aun cuando se amplía la edad del menor adoptado que pasa a ser de seis años, frente a los cinco anteriores, existen supuestos de adopción o acogimiento de menores, con edad superior a los seis años, en los que también se tiene derecho a la suspensión del contrato de tra-

⁹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 109.

⁹⁵ BARRIOS BAUDOR, G.L.: «La Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: a modo de nota informativa», *Aranzadi Laboral*, núm. 2, 1999, pág. 3.

⁹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», cit., pág. 27.

⁹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

⁹⁸ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», cit., pág. 58.

bajo, como son la adopción o el acogimiento de menores (pero mayores de seis años) incapacitados o minusválidos, así como la adopción o el acogimiento de menores (también mayores de seis años) que, por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan dificultades de inserción social y familiar, siempre que tales circunstancias estén debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, donde se constate, de forma objetiva, que ese menor tiene especiales dificultades de inserción y qué causas motivan tales dificultades ⁹⁹.

Cierto es que el artículo 2.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, de un lado, que el menor ha de tener menos de 18 años, y, de otro, que el grado de minusvalía exigida ha de ser igual o superior al 33 por 100 acreditado por resolución administrativa, pero no menos cierto resulta que, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, se trata de «situaciones que generan una cierta indeterminación jurídica en sus condiciones de acceso, así, por ejemplo, siguen sin identificarse cuáles pueden ser las especiales circunstancias y experiencias personales en que se encuentre el menor y no se señala cómo pueden acreditarse las especiales dificultades de inserción social, delegando esta materia a la decisión del órgano administrativo o judicial competente» ¹⁰⁰.

5. Si ambos progenitores trabajan, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, a jornada completa o parcial, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo –art. 4.1 RD 1251/2001–) ¹⁰¹, lo cual hace suponer que la adopción ha sido realizada por ambos, pues si sólo fuera adoptante uno de ellos, éste sería el único incluido en el ámbito del precepto ¹⁰².

De la literalidad y de la *ratio legis* del precepto cabe deducir, además, que cuando uno de los progenitores no trabaje, el padre o la madre trabajador/a no tendría derecho a suspensión o permiso, pues la finalidad del beneficio se entendería suficientemente cubierta por uno de los progenitores, sin que ello prejuzgue para nada el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La decisión en cuanto a quién deba disfrutar el permiso y cómo es algo que se deja al «gobierno» de la intimidad familiar, atendiendo a los intereses y necesidades personales de cada pareja ¹⁰³, teniendo en cuenta, además, que no se distingue entre período voluntario y

⁹⁹ PANIZO ROBLES, J.A.: «La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social», cit., pág. 63.

¹⁰⁰ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 56.

¹⁰¹ PASCUAL ALLEN, C.: «Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Información Laboral*, núm. 26, 1999, pág. 30.

¹⁰² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», cit., pág. 5.828.

¹⁰³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *RL*, 1989, Tomo II, pág. 19 o ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», *RL*, núm. 9, 1989, pág. 91.

obligatorio (no existe riesgo para la salud de la madre) ¹⁰⁴. En estos casos, al no existir un hecho biológico análogo a la maternidad, la pertenencia a uno u otro sexo resulta irrelevante en orden a determinar la titularidad del derecho: afortunadamente, corresponde tanto al varón como a la mujer con tal que trabajen ¹⁰⁵.

Merece la pena llamar la atención, pues, sobre cómo en el caso de filiación biológica existe una clara preferencia por la madre en el disfrute del permiso, a diferencia de lo previsto para el caso de adopción o acogimiento, donde la situación es de absoluta igualdad ¹⁰⁶. Incomprensiblemente, recibe mejor trato el adoptante que el padre biológico, pues éste sólo podrá acceder por derivación y en caso de que la madre también renuncie a este derecho ¹⁰⁷. Con todo, faltan previsiones específicas para la hipótesis en que los interesados no lleguen a un acuerdo sobre el modo del disfrute del permiso ¹⁰⁸.

6. En fin y como no podría ser de otra forma, al igual que en la suspensión o permiso por maternidad biológica, el trabajador/a adoptante o que acoja a un menor en su familia que reúna los requisitos legales exigidos podrá beneficiarse de las prestaciones económicas previstas para aquella contingencia, en el bien entendido sentido de que las «referencias legales al momento del parto, se entenderán hechas a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o a la de la resolución judicial por la que se constituya la adopción» ¹⁰⁹.

¹⁰⁴ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 131.

¹⁰⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

¹⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 51 y 52.

¹⁰⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», cit., pág. 93.

¹⁰⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», cit., pág. 21.

¹⁰⁹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», cit., pág. 103 y ss.