

# **La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea**

*Ownership of maternity leave in the European Union*

**Dra. Ana Isabel PÉREZ CAMPOS**  
Universidad Rey Juan Carlos  
Madrid

**Resumen:** La configuración de los derechos de conciliación provoca dudas razonables acerca de su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación, y ha obligado a cambios recientes en los últimos años gracias a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las medidas adoptadas han resultado ser insuficientes o inadecuadas. Desde hace algunos años, el legislador comunitario viene sometiendo a un proceso de cambios a las normas comunitarias que inciden en la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, como es la corresponsabilidad en las cargas familiares. No obstante, a día de hoy, el engranaje jurídico que ha resultado de su trabajo no sirve adecuadamente a su objetivo de poner fin a las deficiencias generadas por la normativa comunitaria.

**Abstract:** Configuring reconciliation rights causes reasonable doubts about its compatibility with the principles of equality and non-discrimination, and forced recent modulations in recent years thanks to the interpretation of the Court of Luxembourg. The measures have proved to be insufficient or inadequate. In recent years, the Community legislature is undergoing a process of change to EU rules that affect the reconciliation of work, family and personal life. However, today, the legal gear that has resulted from their work does not adequately serve its goal of ending the deficiencies generated by the Community rules.

**Palabras clave:** Permiso de maternidad, igualdad, Unión Europea, paternidad.

**Keywords:** Maternity leave, equality, European Union, paternity.

**Sumario:****I. Introducción.****II. La protección de la maternidad.**2.1. *Alcance.*

2.1.1. Maternidad y conciliación.

2.1.2. Maternidad e igualdad.

2.2. *Antecedentes normativos.*

2.2.1. Influencia del Derecho supranacional.

2.2.2. Transposición y regulación española.

**III. Configuración jurídica de la titularidad del permiso por maternidad.**3.1. *Disfrute materno.*3.2. *Disfrute paterno.*3.3. *Hacia la titularidad compartida del permiso de maternidad.***IV. Conclusiones.****Recibido: diciembre 2013.****Aceptado: enero 2014.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

La creciente presencia femenina en el mercado de trabajo y en la vida profesional ha impuesto un cambio en los patrones tradicionales de distribución de tareas y actividades propias de la esfera pública y privada, lo que ha provocado que los derechos de igualdad y conciliación de la vida laboral y familiar se conviertan en principios sociales de primer orden. En efecto, la incorporación de la mujer a la vida laboral ha propiciado un cambio en el sistema de valores tradicionales con efecto directo en el ámbito de las relaciones laborales. El reparto equitativo y justo de las tareas domésticas, se erige como una cuestión básica de incidencia fundamental en la normativa nacional y supranacional y donde la jurisprudencia ha contribuido especialmente a su configuración normativa.

Las políticas de conciliación, concebidas como instrumentos de fomento del acceso y el mantenimiento del empleo de la mujer, han pasado a adquirir una dimensión más global y completa que pone de manifiesto la necesidad de que ambos sujetos (trabajadores y trabajadoras) se impliquen en las labores domésticas y de cuidado de hijos y familiares. Ello ha supuesto, en definitiva, la aparición de la corresponsabilidad como nuevo paradigma en esta materia. La influencia en materia de conciliación de la perspectiva de género permite apreciar la existencia de una evolución en los derechos e instituciones de reparto de tareas en el cuidado de hijos y familiares.

Asumiendo que el objetivo vinculado a la transversalidad es la consecución de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de género en el empleo, se analiza el modo en que el legislador ha intervenido para abandonar la tendencia históricamente aceptada de atribuir la titularidad de los derechos de conciliación a las mujeres, apostando decididamente por la ruptura de la asignación de roles, en aras a fomentar la integración de la mujer en el mundo laboral y la asunción de responsabilidades por el hombre en el ámbito de la reproducción. En este sentido, se apuesta porque los derechos de los trabajadores relativos al cuidado de hijos y familiares dejen de ser entendidos como meros derechos de maternidad para ser concebidos

como derechos de conciliación, con el fin primordial de la búsqueda de la corresponsabilidad en las labores domésticas, familiares y de cuidado<sup>1</sup>.

Ahora bien, el reflejo del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y las numerosas garantías introducidas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar no impide encontrar reductos en los que la trabajadora continúa anclada en su tradicional papel de madre responsable del cuidado de la familia. Tal sucede cuando este deber, y los derechos que conlleva, se atribuyen tan sólo a la mujer, con exclusión o postergación del trabajador masculino a una posición secundaria, como ocurre con los derechos derivados de la maternidad.

A nivel comunitario, en un somero repaso a cómo cada Estado miembro regula los citados permisos de maternidad, se observan situaciones diferenciadas entre unos países y otros. En algunos países, sobre todo del norte de Europa, ha estado presente en el debate político la necesidad de que las reformas tuvieran en cuenta la premisa de que, para resolver el conflicto entre el trabajo “productivo” -remunerado- y el trabajo “reproductivo” -no remunerado-, resulta obligado incluir el reconocimiento del rol paterno en la política de atención y cuidado a la infancia, como derecho individualizado, en la medida en que constituye una de las asignaturas pendientes para la mayoría de los Estados miembros, la de conseguir que los hombres hagan un mayor uso de las licencias y permisos por razones familiares. Se han iniciado tímidos avances que han abierto el debate sobre la conveniencia de considerarlos derechos intransferibles, porque algunos ordenamientos han obviado el problema de que los permisos conjuntos son en la práctica disfrutados por las mujeres casi en exclusividad.

Precisamente, el objeto de estas reflexiones consiste en valorar el sentido y razón de ser del mantenimiento de la titularidad originaria de la maternidad biológica y posterior derecho derivado del otro progenitor en el derecho comunitario, a raíz de los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tomando como eje referencial, aunque no exclusivo, la reforma normativa establecida por el derecho español al respecto, se pretende analizar las líneas directrices de la Unión Europea sobre el alcance de estos derechos, analizando su redacción y nivel de reconocimiento para poder determinar la línea de tendencia de la Unión Europea, así como establecer propuestas de mejoras.

---

<sup>1</sup> RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S., “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes en su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, en *Anales de la facultad de Derecho*, 8 (2011) 228.

## II. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

### 2.1. *Alcance*

Las políticas de conciliación de la vida familiar, laboral y personal están muy ligadas, a la igualdad de oportunidades y no discriminación entre el hombre y la mujer en el mundo laboral, todo ello es una corresponsabilidad social en la que tienen que intervenir todos los agentes sociales, gobierno, empresarios y representantes sindicales.

La maternidad siempre ha constituido una causa de discriminación directa por razón de sexo hacia la mujer tanto en el empleo, como en el acceso y el mantenimiento del mismo; de ahí, el empeño constante por parte del legislador en proteger esta situación. Según la legislación comunitaria, las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz y las mujeres que estén en periodo de lactancia, se reconocen como un grupo de riesgo específico; por ello, su salud y seguridad deben estar protegidas.

En la Unión Europea (UE), las políticas que afectan a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal poseen una larga tradición. Los instrumentos jurídicos en los que se han concretado estas políticas han sido elaborados, en el marco de las actuaciones comunitarias destinadas a conseguir la igual de género, a proteger la salud de las personas y, en fin, a atender a las necesidades del mercado de trabajo. En efecto, las políticas europeas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar son incardinadas dentro de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y éstas, a su vez, quedan subsumidas en el ámbito de la UE bajo las políticas sociales y de empleo.

Uno de los factores a los que la conciliación aparece estrechamente vinculada es el de la maternidad. Teniendo en cuenta, aunque sea de manera indirecta, que si la maternidad es protegida, en la mayoría de los casos, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se ve favorecida. Ahora bien, el análisis debe centrarse casi exclusivamente en la protección de la maternidad, puesto que en ella todavía no había surgido el concepto de conciliación como tal.

El reconocimiento del permiso de maternidad a nivel europeo, aunque no estuvo exento de importantes deficiencias, ha supuesto un paso decisivo, en la consecución del objetivo de hacer compatible trabajo y familia. Sin embargo, en la práctica, la consagración posterior de otros derechos vinculados al cuidado de los hijos, a pesar de su eventual formulación neutra, también ha tenido como principal destinatario al género femenino, ya que es el que mayoritariamente ha hecho uso de los mismos. Lo que pone de manifiesto que la regulación del

tiempo de trabajo y, en particular, de los permisos parentales constituye una de las medidas que puede favorecer, bajo una apariencia igualitaria, el mantenimiento de los tradicionales roles de ambos sexos<sup>2</sup>.

### 2.1.1. Maternidad y conciliación

En los últimos años, la conciliación de la vida laboral y familiar ha constituido un motor de impulso para el desarrollo normativo y la creación de políticas en esta materia, desde las que se fomenta la igualación de los roles sociales entre hombres y mujeres haciendo referencia a las principales disposiciones normativas adoptadas en la materia tanto en el ámbito internacional, como en el nacional y comunitario.

Como se pondrá de manifiesto, la satisfacción del objetivo de la corresponsabilidad ha supuesto un cambio de enfoque en materia de titularidad de los derechos de conciliación, apostándose por un régimen de titularidad individual intransferible, una de cuyas más recientes manifestaciones es la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aprueba el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por Business Europe, la UEAPME, el CEEP y la CES.

En términos generales, en el trasfondo de todos los debates se plantea un conflicto entre modelos, más o menos tradicionales. Entre un modelo clásico, en el que se atribuye al hombre el papel de sustento económico de la familia, a través de una dedicación intensiva al trabajo económicamente retribuido y socialmente valorado, con abandono más o menos intenso de las tareas de cuidado y de atención de los demás componentes del núcleo familiar, en tanto que a la mujer le incumbe esta tarea de cuidado, sin compensación económica y falta de reconocimiento social. Y, de otro lado, un modelo distinto, en el que se defiende una distribución más equitativa de las tareas entre ambos progenitores<sup>3</sup>.

En torno a este reparto tradicional de papeles en función del sexo, se suscita un debate bastante interesado en torno a las libres opciones de las personas y a las decisiones que se producen en el seno de la unidad familiar. La propia Comisión Europea hace suyo este discurso cuando afirma, que las elecciones que los hombres y las mujeres adoptan en la conciliación de los aspectos profesionales, privados y familiares de sus vidas son fundamentalmente personales.

---

<sup>2</sup> SERRANO GARCÍA, M<sup>a</sup>.J., “Los permisos de maternidad, paternidad y parentales en los instrumentos jurídicos de la Unión Europea”, en *Relaciones laborales*, 13 (2012); la Ley 7651/2012.

<sup>3</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida privada y laboral”, en *Temas laborales*, 103 (2010) 47.

### 2.1.2. Maternidad e igualdad

Asumiendo que el objetivo vinculado a la transversalidad es la consecución de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de género en el empleo, se analiza la intervención del legislador para ir abandonando la tendencia históricamente aceptada de atribuir la titularidad de los derechos de conciliación a las mujeres, apostando decididamente por la ruptura de la asignación de roles, en aras a fomentar la integración de la mujer en el mundo laboral y la asunción de responsabilidades por el hombre en el ámbito de la reproducción.

Las propias fuentes jurídicas comunitarias constituyen toda una evidencia de que el discurso de la igualdad ha sufrido un fuerte retraimiento en este escenario. Dicho en otros términos, que la igualdad y la no discriminación mantienen un estrecho vínculo con instituciones como los permisos o las suspensiones contractuales<sup>4</sup>.

A primera vista parece que, si lo que se quiere es poner en pie de igualdad a la mujer en el plano laboral, y teniendo en cuenta que ésta es la que la mayoría de las veces se encarga del cuidado de los hijos, el permiso parental debería ser precisa y únicamente para ella. Sin embargo, acertadamente, el razonamiento de fondo va más allá: el permiso pretende la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares, no sólo de las mujeres, sino de los padres trabajadores, los cuales deben participar por igual en el cuidado de los hijos. La conciliación así entendida no es más que un medio para lograr el auténtico fin, que es la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. Si se consigue dicha conciliación tanto para hombres como para mujeres y, por tanto, la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, se estará logrando más igualdad en el trabajo. No podemos olvidar que vida familiar y profesional constituyen dos realidades que no se pueden separar, pues están estrechamente relacionadas.

### 2.2. *Antecedentes normativos*

A lo largo del siglo XX la mujer ha ido incorporándose de forma progresiva al mercado laboral, lo que conlleva profundos cambios en el papel que las mujeres habían asumido a lo largo de la historia de forma natural, como algo tradicional que se transmitía de madres a hijas. La mujer era la encargada de los hijos, del marido, de las tareas de la casa y del cuidado de las personas mayores, enfermas o discapacitadas.

---

<sup>4</sup> CABEZA PEREIRO, J., o. c., p. 51.

Por su parte, el hombre, cabeza de familia, era el encargado de llevar o procurar el sustento de la familia. Todos estos roles se ven afectados, cuando la mujer se incorpora al mundo laboral de forma efectiva, cumple un horario en su puesto de trabajo y asume otras responsabilidades que tiene que hacer compatibles.

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha conducido a una transformación en las relaciones sociales, familiares y, por supuesto, laborales, produciendo cambios en la asunción y reparto de estas tareas entre hombres y mujeres. El Derecho del Trabajo debe incluir formulas que permitan a los trabajadores compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, sin que ello suponga un peligro para la estabilidad en el empleo<sup>5</sup>.

Conviene precisar que el citado cambio social no solo afecta al ámbito familiar si no que trasciende y se convierte en una problemática que atañe a toda la sociedad; la mujer no tiene que renunciar a tener su desarrollo profesional y, además, la familia es una institución secular, que tiene que ser protegida por la legislación y las instituciones, lo que ha llevado a los gobiernos a legislar políticas de conciliación.

Por otra parte, la concienciación de los diversos sectores de la sociedad, en el camino de la igualdad entre los hombres y las mujeres es un tema muy importante en el que se debe seguir profundizando en todos los ámbitos de la sociedad, abandonando los estereotipos tradicionales.

La sociedad ha tomado conciencia de las nuevas necesidades y retos que se plantean, lo que ha llevado a que se recojan en nuestro ordenamiento jurídico, los instrumentos que permitan compatibilizar las responsabilidades laborales y las familiares, tanto para trabajadores como para trabajadoras, facilitando el tiempo necesario para ello, sin que el atender estas responsabilidades perjudique su desarrollo profesional.

### 2.2.1. Influencia del derecho supranacional

En el ámbito internacional, la protección de la mujer embarazada data de 1919, fecha en que se aprobó el Convenio núm. 3 de la OIT, sobre el empleo de las mujeres antes y después del parto, que fue revisado por el Convenio

---

<sup>5</sup> ARGÜELLES BLANCO A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 32.

núm. 103, de 28 de junio de 1952, sobre la protección de la maternidad. Ya, anteriormente, el art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, había reconocido para la maternidad y la infancia un derecho a cuidados y asistencias especiales.

Por otra parte, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, en concordancia con el Convenio de la OIT núm. 103 citado, establecía a favor de la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto, con prestaciones a cargo de la Seguridad Social o fondos públicos, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el reseñado permiso de maternidad. En este mismo sentido, también destaca como antecedente normativo, la Recomendación núm. 123, de 1965, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares.

Las normativas internacionales han jugado un importantísimo papel en la evolución de los derechos y de la protección a la familia de los trabajadores. En la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, ya se señalaba la necesidad de desarrollar medidas que permitan tanto a hombres como a mujeres conciliar sus obligaciones familiares y profesionales. Asimismo, en la Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, los estados participantes reconocen “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional ambos en la sociedad y en la familia”.

En el ámbito normativo comunitario, ya en el artículo 119 del Tratado de Roma, había una referencia al principio de igualdad de retribuciones, que ha sido reformado por el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que prohíbe, la discriminación indirecta y las medidas de acción positiva en relación con el principio de igual retribución a trabajo de igual valor. En sede de conciliación de la vida familiar y laboral, invita a desarrollar las medidas necesarias para el logro de tal finalidad, el párrafo tercero del artículo 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 19 de diciembre de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que señala que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”.

La Unión Europea con las diferentes Directivas que ha ido aprobando, ha conseguido que todos los países miembros hayan adecuado y modernizado sus políticas sociales en esta materia. Aunque lo que realmente ha significado un

logro importante en este tema ha sido el 4º Programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000), con la adopción de la “transversalidad” esto es, la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres en todas las políticas y acciones, apuntando la necesidad de elaborar medidas que respondan a los cambios de las estructuras familiares, incluyendo entre sus objetivos el reparto de las responsabilidades entre hombres y mujeres.

Entre las citadas Directivas destacan especialmente, la Directiva 92/85 CCE de 19 de octubre de 1992 relativa a la Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia y la Directiva 96/34 CE de 13 de junio de 1996, sobre el Acuerdo Marco del Permiso Parental<sup>6</sup>, con ella se pretendía conseguir dos objetivos conciliar la vida laboral y promover la igualdad entre hombres y mujeres. Esta Directiva ha sido derogada por Directiva 2010/18/UE, del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el acuerdo marco revisado sobre el Permiso Parental con efectos a partir del 8 de marzo de 2012.

El bien jurídico protegido se sitúa en la preocupación por salud de la madre, presente en la Directiva 92/85/CE, tal vez sirvió para entender algunas previsiones de nuestro ordenamiento tales como el mantenimiento de la titularidad materna en nuestro derecho del permiso por maternidad a pesar de sus inconvenientes<sup>7</sup>.

Más específicamente, la citada norma comunitaria –Directiva 92/85/CE– supuso la fijación y protección de diversas cuestiones fundamentales que se concretan en las siguientes:

- Las mujeres no pueden ser obligadas a realizar trabajo nocturno durante el embarazo y la lactancia, deben ser transferidas a un trabajo diurno, excusados de trabajo o solicitar la baja por maternidad.
- La licencia de maternidad debe ser por un período ininterrumpido de al menos 14 semanas antes y / o después del parto, de las cuales dos semanas son de descanso obligatorio para la madre.

---

<sup>6</sup> La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley 12/2001 y el Real Decreto 1251/2001 constituyen la transposición al ordenamiento jurídico interno de las Directivas Comunitarias: 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

<sup>7</sup> Véase, NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS, P., y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “(Des) igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones parciales planteadas en el anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres (I)”, en *Tribuna Social*, 192 (2006).

- Las trabajadoras embarazadas podrán ausentarse del trabajo sin pérdida de salario para asistir a exámenes prenatales durante el horario de trabajo.
- Las mujeres no pueden ser despedidas por motivos relacionados con su estado desde el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad. En caso de despido el empleador tiene que dar razones por escrito y demostrar que la razón es una completamente distinta, sino se podría estar hablando de un despido ilegal, en cualquier estado miembro de la UE.

Por otra parte, mediante la distinción entre el permiso de maternidad, el parental y las ausencias al trabajo, la normativa comunitaria trata de poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y que las disposiciones que protegen la maternidad no pueden sustituir a los específicos permisos parentales. De lo dispuesto se deduce que los principales instrumentos de los que la Unión Europea se vale para la mejora de la conciliación de la vida profesional, privada y familiar son aquellas medidas existentes en materia de protección de la maternidad y de permiso parental. En la Unión Europea, las políticas destinadas a favorecer la maternidad y la paternidad tienen un amplio recorrido y constituyen una hoja de ruta que, como tal, abastece a los Estados miembros de ideas y les otorga herramientas para el desarrollo de sus propias políticas.

Ahora bien, los instrumentos europeos se han elaborado, atendiendo al imperativo económico derivado de las presiones demográficas y competitivas que evidencian la necesidad de optimizar la participación en el mercado laboral. Por ello, se han centrado, en las necesidades de la población activa tales como el trabajo, sus condiciones y garantías, y han dejado a un lado aspectos fundamentales de su regulación. Prácticamente, no se preocupan, en avanzar en el reconocimiento del trabajo no remunerado de las personas que deciden tener hijos, cuidarlos, atenderlos y educarlos; a pesar de que son las que pueden presentar las tasas de riesgo de pobreza más elevadas.

Por otro lado, directamente relacionado con el permiso de maternidad y como tema de interés en la política social de la Unión Europea, se ha aprobado la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. Esta última norma incrementa la protección de las trabajadoras autónomas y la de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad; en la medida en que disponen de una prestación por maternidad y un permiso de al menos catorce semanas, si así lo desean.<sup>8</sup> Los Estados miembros de la

---

<sup>8</sup> Es la primera vez que se conceden prestaciones por maternidad a los trabajadores autónomos en toda la Unión Europea, en un momento en el que los recortes sociales son de

Unión deberán incorporar la Directiva a sus legislaciones nacionales en principio, en el plazo de dos años. En España este tipo de protección ya existe y se extiende hasta dieciséis semanas, en términos similares al descanso aplicable a los trabajadores por cuenta ajena.

## 2.2.2. Transposición y regulación española

En lo que refiere al derecho español, cabe destacar que Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, no reconocía un permiso por nacimiento de hijo/a, sino por “alumbramiento de la esposa” -expulsando del derecho a la filiación extramatrimonial-, y los derechos vinculados a la maternidad y la conciliación eran de titularidad femenina: la licencia de maternidad, el permiso de lactancia, e incluso la excedencia para cuidado de hijos. Solo la reducción de jornada por guarda legal era de titularidad indistinta, aunque se concedía a un único progenitor.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET), inició un proceso de modernización de los derechos de maternidad y de los derechos de conciliación inspirados en valores constitucionales -no discriminación por razón de sexo o de orientación sexual, igualdad de los/as hijos/as, protección de la familia aunque no medie matrimonio-, y cuyos hitos más sobresalientes son bien conocidos: la Ley 3/1989, de 3 de marzo, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y por supuesto la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). La actualización de los derechos de maternidad y la titularidad de los mismos es reciente y que en cierto modo ha venido ocasionada por el cambio en la noción de familia.

En otro orden de cosas, aludiendo a la transposición en el ordenamiento español de la normativa comunitaria, en especial, de la Directiva 92/85/CE, cabe señalar que con anterioridad a ésta, ya se había establecido, bajo la influencia del Convenio núm. 103 de la OIT, un permiso por maternidad que se ajustaba e incluso superaba las previsiones comunitarias. En efecto, el ET de 1980 contemplaba un derecho de suspensión del contrato de trabajo por maternidad de la trabajadora por un período de catorce semanas que posteriormente se aumentó a dieciséis, ampliables a dieciocho en caso de parto múltiple. Por tanto, en la actual regulación y ya desde 1989 la duración del permiso por maternidad es

---

predominio general en todo el continente. Véase una estudio exhaustivo sobre esta figura en: NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, 14 (2011); la Ley 13367/2011.

de dieciséis semanas (catorce, en la Directiva 92/85/CE) ampliables en ciertos supuestos tras la LOIEMH y dentro de dicho permiso la duración del período de descanso obligatorio es de seis (dos, en la Directiva 92/85/CE).

Adicionalmente, la Ley 39/1999 de 5 de noviembre (LCVLF) para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>9</sup>, en su exposición de motivos estableció que “la necesidad de conciliación del trabajo y la familia, ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario, como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social”.

La reforma del ET hecha por la Ley 39/1999, introdujo algunas modificaciones más sobre el permiso por maternidad que continúan en la línea de mejorar los mínimos previstos en la Directiva 92/85/CE, flexibilizando el uso del permiso y posibilitando el disfrute del mismo a tiempo parcial. No obstante, mantiene como titular originaria del derecho a la madre trabajadora y otorga un derecho derivado y limitado al disfrute del permiso por el padre. Así pues, dejando a salvo las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, ésta podrá ceder al padre, para su uso y disfrute, el resto del permiso de maternidad.

No obstante lo anterior, conviene tener presente que la mayoría de las modificaciones que incorpora la Ley 39/1999 responden más al objetivo de conciliar la vida profesional y familiar que se contenían en el Acuerdo Marco incorporado en la Directiva 96/34/CE [Directiva derogada recientemente por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES] que a la necesidad de insistir sobre la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz. Sin duda esta preocupación por salud de la madre, presente en la Directiva 92/85/CE, tal vez sirva para entender algunas previsiones de nuestro ordenamiento tales como el mantenimiento de la titularidad materna del derecho al permiso por maternidad a pesar de sus inconvenientes; así como la existencia de un descanso obligatorio para la madre de seis semanas de disfrute exclusivo por parte de la madre.

Posteriormente, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo (LOIEMH), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, señala también en su exposición de motivos que: “especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad

---

<sup>9</sup> Esta Ley es una transposición a la legislación española de las directrices establecidas en la normativa internacional y en la comunitaria, introduciendo algunas mejoras con importantes cambios legislativos que afectaron a nuestro Derecho del Trabajo.

en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa. Y en su artículo primero refiere a que: “las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes”.

No obstante lo anterior, la LOIEMH se convierte también, en exponente de dicha continuidad histórica en la protección del bien jurídico de la salud de la madre trabajadora. Solución criticable, sin perjuicio de la dinámica *sui generis* de la protección derivada de la maternidad biológica, que debe atender, de modo prioritario, a la necesaria recuperación física y fisiológica. La innovación normativa reside en el reconocimiento de un permiso de paternidad por nacimiento de hijo de disfrute intransferible. Así mismo amplía los supuestos de disfrute paterno del permiso de maternidad, a los que más adelante se aludirá.

En esta línea interpretativa, en España a pesar de la evolución normativa acaecida en materia de titularidad del permiso de maternidad y el disfrute paterno del mismo en determinados supuestos, quizá debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente de equiparación del padre y la madre, mediante la configuración de un permiso de titularidad indistinta, aunque manteniendo las lógicas ventajas maternas. Así, se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores.

### III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA TITULARIDAD DEL PERMISO POR MATERNIDAD

#### 3.1. *Disfrute materno*

Cuando se regularon los derechos de maternidad, cuya aparición histórica posterior se puede situar en la segunda mitad del siglo XX, el legislador pensaba en la familia matrimonial tradicional y en el papel de la mujer dentro de esa familia. Por ello, la situación histórica de partida es la titularidad femenina exclusiva o preferente de la totalidad de los derechos vinculados a la maternidad o al cuidado de hijos/as o familiares<sup>10</sup>.

En la actualidad y en el ámbito de la Unión Europea, la regulación de los permisos y prestaciones por cuidado de niños/as en casa es diferente, tanto

---

<sup>10</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

en lo que a las compensaciones o prestaciones económicas se refiere como al resto de sus elementos. Existen grandes divergencias por países sobre la duración, el carácter remunerado o no, la titularidad del derecho, según el objeto al que atiendan<sup>11</sup>.

Así pues, la comparación internacional presenta dificultades, en primer lugar porque las denominaciones no son homogéneas. En casi todos los países, bajo este concepto se incluyen los tres permisos ya mencionados, maternidad, paternidad y parental, aunque también hay permisos denominados por nacimiento de hijo y algunos con denominaciones más excepcionales como el “complemento de libre elección de actividad” de Francia o el “permiso de lactancia” de España (llamado así porque surge de la acumulación en jornadas completas de un antiguo permiso de una hora diaria para la lactancia materna). Estas denominaciones se han ido construyendo en la práctica según la historia particular de cada país y no se identifican necesariamente en cada uno de ellos con las mismas características en cuanto a titularidad del derecho, remuneración, agente remunerador, grado de individualidad, obligatoriedad, duración, derechos sociales asociados, flexibilidad en el uso, etc.<sup>12</sup>.

Para cualquiera de las denominaciones de los permisos, se pueden encontrar distintas acepciones, a veces contradictorias entre sí, incluso dentro de un mismo país. En España, por ejemplo, la titular del permiso de maternidad es la madre trabajadora, pero ésta le puede transferir al padre hasta 10 semanas (y lo que es más sorprendente, se las puede “transferir” aunque ella no tuviera las cotizaciones necesarias para desencadenar el derecho). El padre es titular del permiso de maternidad en el caso de que la madre fallezca en el parto y (conjuntamente con la madre) en el caso de adopción. El permiso de paternidad, recientemente diseñado en la LOIEMH en 2007, es titularidad del padre excepto en casos de adopción, en los que es titularidad del “otro progenitor”, elegido de común acuerdo entre los dos adoptantes y que puede ser el hombre, la mujer o uno de los dos adoptantes del mismo sexo. El llamado “permiso de lactancia” en España es un derecho originalmente de la madre pero, como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria<sup>13</sup>, su titularidad es “conjunta” a disfrutar por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen.

---

<sup>11</sup> CASTRO GARCÍA, C., y PAZOS MORAN, M., “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”, en *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, p. 189.

<sup>12</sup> CASTRO GARCÍA, C., y PAZOS MORÁN, M., “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”, ob. cit., p. 191.

<sup>13</sup> STSJUE de 30 de septiembre de 2010, Roca Álvarez, asunto C. 104/09.

Hablar de individualidad del derecho también es un terreno resbaladizo: En algunos países los permisos parentales son individuales en cuanto a la titularidad del derecho pero solamente tienen una parte intransferible para cada progenitor (Suecia). En la misma Suecia existe un permiso llamado de paternidad (10 días) que se distingue difícilmente de la parte intransferible del padre en el permiso parental y el resto individual a partes iguales para cada progenitor pero transferibles firmando un documento) es, en la práctica, equivalente al conjunto formado por los llamados permisos de maternidad, de paternidad y parental en Islandia<sup>14</sup>. Así, podríamos seguir enumerando otros muchos ejemplos ilustrativos de la confusión que se origina cuando intentamos atenernos principalmente a las denominaciones en el análisis de los permisos por cuidados de niños/as en casa.

Los permisos de maternidad son los más extendidos y los que presentan una mayor similitud por países. Suecia es el único país de la Unión Europea que no dispone de un permiso de maternidad propiamente dicho, aunque existe dentro del permiso parental un periodo exclusivo de la madre; y también se contempla un periodo específico para el padre además del permiso de paternidad. Es curioso que precisamente siendo Suecia el primer país europeo en incorporar el permiso de maternidad, haya sido también el primero en dar el paso en la eliminación de éste como algo específico de su ordenamiento jurídico, como indicando que la orientación de este permiso debería encaminarse hacia el permiso de cuidado por razón de nacimiento en el que también los padres han de participar en condiciones de igualdad. Es interesante el caso de Islandia, donde tras la profunda reforma realizada en el 2000 se han introducido criterios de distribución igualitarios de los permisos, y que hace que en la práctica se mantengan la variedad de permisos (maternidad, paternidad y parental)<sup>15</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico la maternidad viene recogida en el artículo 48.4 del ET estableciendo que, el parto de la trabajadora da derecho a la suspensión de su contrato por 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple en 2 semanas más por hijo a partir del segundo. La misma ampliación tiene lugar en caso de hijo discapacitado. La trabajadora madre está facultada para distribuir ese tiempo de descanso, siempre que ella disfrute de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico actual el otro progenitor puede ejercer el derecho a la

---

<sup>14</sup> CASTRO GARCÍA, C., y PAZOS MORÁN, M., “Permiso de maternidad, de paternidad y parentales en Europa: algunos elementos para el análisis de la situación actual”, en *Economía e igualdad de género: retos de la hacienda pública en el siglo XXI*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, p. 192.

<sup>15</sup> Véase un estudio exhaustivo en CASTRO GARCÍA, C., y PAZOS MORÁN, M., o. c., p. 201.

suspensión de su contrato cuando se den situaciones específicas como: fallecimiento de la madre, fuera o no trabajadora; cuando la madre opte porque el otro progenitor disfrute de parte del descanso post parto, sucesiva o simultáneamente al descanso de la madre y cuando la madre no tenga derecho a suspensión del contrato por parto (art. 48 ET).

La evolución experimentada en la comprensión del significado del permiso no se ha visto acompañada de su redacción. El art. 48.4 ET circunscribe aun la titularidad del permiso a la madre trabajadora, otorgando al padre exclusivamente su disfrute en el caso de que ella así lo decida. Y, en modo alguno, el padre podrá ser titular del derecho cuando la madre decida disfrutarlo en su integridad<sup>16</sup>.

Por otra parte, tampoco se concreta en este precepto el problema del disfrute del permiso en las familias monoparentales puesto q se prevé el ejercicio paterno del permiso en el caso de que ambos progenitores trabajen, pero nada indica sobre su titularidad en el supuesto de ausencia de la madre<sup>17</sup>.

A partir de 1999, esta causa suspensiva encuentra su justificación en la protección de varios bienes jurídicos, a saber: de un lado, la delicada situación fisiológica en que, como consecuencia del previo embarazo y del parto, se sitúa la mujer trabajadora, y su necesidad de una cierta “«recuperación” física y psicológica de la misma (recuperación que, por otra parte, se produce naturalmente y con gran rapidez, de no mediar complicación puerperal alguna); de otro, con igual relevancia, el bienestar del hijo, que precisa cuidados durante las primeras semanas de vida de los que se hace copartícipe al padre; y también por último, la estabilidad en el empleo de las personas trabajadores que interrumpen temporalmente su actividad laboral por esta causa. La LOIEMH apoyó la continuidad en la protección de los bienes jurídicos aludidos, con una clara apuesta por el refuerzo de la vertiente de orden afectivo, familiar y social de la figura del permiso por maternidad biológica<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> BARRIOS BAUDOR, G., y LASAOSA IRIGOYEN E., “Examen de la titularidad femenina del permiso de maternidad española a la luz del derecho social comunitario”, en ARETA MARTÍNEZ, M., y SEMPERE NAVARRO, A.V. (dirs), *Cuestiones actuales de Derecho Social comunitario*, Laborum, Murcia, 2009.

<sup>17</sup> MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Discriminación por razón de sexo en la titularidad del derecho al permiso de lactancia por el padre en el caso de que la madre no sea trabajadora por cuenta ajena”, en *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 24 (2011) 7.

<sup>18</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., “Maternidad, adopción y acogimiento: aproximación a su régimen jurídico y puntos críticos”. *Actualidad laboral*, 20 (2011); la Ley 17676/2011; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “La suspensión del contrato de trabajo de la mujer trabajadora (supuestos significativos y puntos críticos)”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Mujer, Trabajo y Seguridad Social*, (Dir.), Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

Tras las últimas novedades normativas en la materia puede afirmarse que el derecho a la suspensión por maternidad tiene dos titulares:

- 1) Titular originario es la madre, pues en ella piensa la Ley cuando habla de “maternidad y parto” [arts. 45.1.d) y 48.4 ET].
- 2) Titular por derivación es el “otro progenitor”, que sólo puede disfrutar de la suspensión en determinados supuestos (arts. 48.4 ET y 3.2 RD 295/2009): Por opción de la madre y en caso de fallecimiento de la madre y en los casos en que la madre no tenga derecho a prestación de seguridad social<sup>19</sup>.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho comunitario la regulación no es exactamente equiparable a la española, en la medida en que las Directivas comunitarias mantienen como bien jurídico protegido la recuperación física de la madre y aluden al derecho de esta a un permiso de 14 semanas ininterrumpidas, sin que se haga alusión a titularidad originaria y derivada. Por su parte, también se reconoce el derecho de los padres trabajadores al cuidado de hijos y familiares a repartir las cargas familiares, regulando el denominado permiso parental.

Así pues, esta labor de promoción de la actividad conciliadora y el reparto de las cargas familiares entre mujeres y hombres quiebra cuando la mujer no disfruta de esta condición de trabajadora asalariada por cuenta ajena. Al carecer de la titularidad del derecho, no sólo le resulta imposible beneficiarse de él, sino que tampoco puede ceder su disfrute al padre, aun cuando éste sí fuese trabajador por cuenta ajena. No obstante lo anterior, en 2010 se aprobó la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. Esta normativa mejora notablemente la protección de las mujeres que ejercen una actividad autónoma y la de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad al reconocérseles una prestación por maternidad y un permiso de al menos catorce semanas, si así lo desean.

### 3.2. *Disfrute paterno*

Sin la participación del padre no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, lo que obviamente dificulta el acceso y,

---

<sup>19</sup> El RD 295/2009, de 6 marzo, contempla supuestos en los que es posible la revocación de la opción realizada por la madre a favor del padre ante hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras análogas (art. 9).

sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo<sup>20</sup>. En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar se alienta a los Estados Miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo los derechos laborales. En esta norma, por primera vez, quedaría caracterizado el permiso por paternidad como figura diferenciada del permiso por maternidad y también del permiso parental, como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la retribución con motivo del nacimiento del hijo.

La normativa comunitaria no exige el reconocimiento de un permiso por paternidad a los Estados miembros, por el contrario, lo configura como un derecho específico, distinto del permiso por maternidad y también del permiso parental, exclusivo del padre.

En esta misma línea, tampoco exige a los Estados Miembros, una duración mínima del mismo, aunque sí reconoce garantías para la eficacia del permiso por paternidad similares a las del permiso por maternidad. Durante su ejercicio el trabajador no podrá ser despedido, ni tampoco en el momento de su reincorporación (ni en el período posterior a la misma). Se mantendrán los derechos inherentes al contrato de trabajo durante su transcurso, incluida la retribución, así como el beneficio de una prestación adecuada.

El modelo de permiso por paternidad reconocido en el Derecho comunitario como un permiso específico, autónomo e independiente del de maternidad contribuirá, con el paso del tiempo, a incrementar el número de varones que lo disfruten<sup>21</sup>. El ordenamiento español transpuso esta figura a nuestro derecho interno en virtud de la Ley 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres incorporando un nuevo permiso por paternidad autónomo, no supeditado a la opción materna a favor de su disfrute, ni al cumplimiento por parte de la madre de los requisitos para su disfrute. La norma da sobradamente cumplimiento a las exigencias de las Directivas 2002/73 y 2006/54 para el caso de que se regule el permiso por paternidad. Así pues, el art. 48.4 bis del ET,

---

<sup>20</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., “La maternidad y la paternidad en el derecho de la Unión Europea”, en *Relaciones Laborales*, 14 (2011); la Ley 13367/2011.

<sup>21</sup> NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., o. c.; la Ley 13367/2011.

establece que en los casos de paternidad por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

Con la Ley 9/2009, publicada en el BOE de 7 octubre de 2009, se pretendía la equiparación de la duración entre el permiso de maternidad y paternidad, en aras a hacer efectivo especialmente este último, sin embargo, la crisis económica que atraviesa España ha propiciado la suspensión temporal de la citada ampliación.

La especial configuración de los derechos de conciliación provoca dudas razonables acerca de su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación, especialmente derivadas de las diferencias tan persistentes entre maternidad biológica y adoptiva y que ha obligado a modulaciones recientes en los últimos años gracias a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ha sucedido con la reducción de jornada por lactancia. El TJUE se ha caracterizado por una exégesis amplia de esos principios, exégesis, que sin embargo, no mantiene en la sentencia de 19 de septiembre de 2013 al mantener como no discriminatoria la legislación nacional que establece la titularidad materna del permiso de maternidad y la diferencia de trato entre maternidad biológica y adoptiva.

La sentencia basa su argumentación en la especial protección que merecen las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia, pues en todos esos casos se hallan en una “situación específica de vulnerabilidad” (apartado 49). A partir de esa premisa, el TJUE acepta que el derecho al descanso por maternidad se configure como un derecho originario de la madre que no puede verse afectado “contra su voluntad para atribuirse, total o parcialmente, al padre del menor” (apartado 56).

Por consiguiente, la sentencia considera razonable que el derecho al descanso por maternidad se configure como un derecho originario de la madre, por cuanto esa medida está destinada a «proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él» (apartado 63). De este modo, resulta plenamente compatible con el Derecho de la Unión la denegación del descanso al padre cuando la madre no haya generado el derecho por desarrollar una actividad por cuenta propia y no encontrarse de alta en un régimen de seguridad social (apartado 64). Argumentación similar establece el alto tribunal en relación con la posible vulneración del derecho a la igualdad por el distinto tratamiento que existe en relación con el permiso de maternidad entre padres biológicos y adoptivos, en la medida en que el derecho comunitario permite en aras al distinto bien jurídico protegido la pervivencia

de diferencias al considerar que la diferencia de trato entre padres trabajadores por cuenta ajena, según sean adoptivos o biológicos, está perfectamente justificada, dado que, en el supuesto de la maternidad biológica, es razonable que la titularidad del derecho se pueda establecer exclusivamente en la madre, que debe recuperarse del embarazo y del parto, mientras que la suspensión del contrato por razón de la adopción o el acogimiento tiene por finalidad facilitar una integración armónica del nuevo hijo en el grupo familiar, lo que puede afectar indistintamente al padre o a la madre.

En la Unión Europea, las políticas destinadas a favorecer la maternidad y la paternidad tienen un amplio recorrido, y como tal, abastece a los Estados miembros de ideas y les otorga herramientas para el desarrollo de sus propias políticas. Ahora bien, los instrumentos europeos se han elaborado, atendiendo al imperativo económico derivado de las presiones demográficas y competitivas que evidencian la necesidad de optimizar la participación en el mercado laboral. Por ello, se han centrado, en las necesidades de la población activa -en el trabajo, en sus condiciones y garantías- y han dejado a un lado aspectos fundamentales de su regulación. Prácticamente, no se preocupan, en avanzar en el reconocimiento del trabajo no remunerado de las personas que deciden tener hijos, cuidarlos, atenderlos y educarlos; a pesar de que son las que pueden presentar las tasas de riesgo de pobreza más elevadas.

### 3.3. *Hacia la titularidad compartida del permiso de maternidad*

La atribución exclusiva de este permiso a la mujer trata de compensar las dificultades adicionales que ésta encuentra en la conservación de su empleo, ante circunstancias como la maternidad o la lactancia que, biológicamente, van unidas a ella y no al hombre, en el transcurso de la relación laboral. Sin embargo, esta medida supondría el fomento del rol de la mujer como cuidadora de los hijos y el hogar, y por tanto, el mantenimiento de las desigualdades laborales.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia comunitaria<sup>22</sup>, es preciso proteger las necesidades de las mujeres trabajadoras en un doble aspecto. Por una parte, en la condición biológica de la mujer, durante el embarazo y después de éste. Por otra, de las especiales relaciones entre la mujer y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto.

La legislación de la UE establece los requisitos mínimos relativos al permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor. Se

---

<sup>22</sup> Por todas, véase, la última sentencia en la materia. STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Betriu Montull*, asunto C-5/12.

basa en un acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por los interlocutores sociales europeos. La Directiva 2010/18/UE tiene por objeto conciliar la vida laboral y familiar y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral. En él se establecen disposiciones mínimas sobre el permiso parental a los trabajadores masculinos y femeninos, y la protección del empleo relacionado.

En concreto la Directiva garantiza y regula aspectos fundamentales de la paternidad:

- Los trabajadores tienen derecho individual al permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un niño, lo que les permite cuidar de los niños durante al menos cuatro meses, por lo menos uno de los cuatro meses, no se pueden transferir a la otra parte bajo ninguna circunstancia, es decir, que se reserva para cada padre.
- Los trabajadores están protegidos contra la discriminación por motivos de solicitar o utilizar el permiso parental.
- Al final del permiso parental, los trabajadores deben tener el derecho de regresar al mismo puesto de trabajo o a un trabajo equivalente o similar conforme a su contrato o relación de trabajo.
- También tienen el derecho de solicitar cambios en su horario de trabajo durante un período limitado, en el examen de las solicitudes, los empleadores deben equilibrar las necesidades de los trabajadores y la empresa.

Como es de sobra conocido, se trata de las instituciones justificadas a nivel comunitario en relación con la conciliación de la vida privada y laboral. O, cuando menos, las únicas que cuentan con un instrumento de regulación tradicional. No se trata aquí más que de glosar su contenido y de recordar que les reconoce a los dos progenitores un derecho individual de cuatro meses para hacerse cargo de sus hijos hasta una edad máxima de éstos de ocho años, cuyo disfrute o solicitud debe contar con una garantía reforzada frente al despido de respuesta por parte del empresario. El permiso genera un derecho de reserva del mismo puesto de trabajo o, al menos, de un trabajo equivalente y, durante su disfrute, se conservan los derechos adquiridos y en vías de adquisición. Y, asimismo, se reconoce un derecho a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora.

No obstante, en el derecho comunitario pueden diferenciarse diferentes permisos por el mismo hecho, el cuidado del hijo genera un permiso de maternidad,

paternidad o, incluso, un permiso parental. En otros términos, la diferencia de trato en la titularidad del permiso de maternidad, lejos de justificarse objetiva y razonadamente como una medida de protección de la mujer trabajadora, motivada por el mero hecho biológico, se constituiría en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, el mantenimiento del roles sociales y la pervivencia de desigualdades. La necesidad de que la madre trabajase y cumplierse determinados requisitos para disfrutar del descanso (y acceder a la prestación por maternidad), y así poderle transmitir al padre estos derechos ha supuesto en el pasado la exclusión del disfrute del mismo por parte del padre en no pocas ocasiones; y ello, aún cuando ambos progenitores estuviesen inicialmente de acuerdo en compartirlo.

La corresponsabilidad es uno de los principales objetivos a alcanzar, es decir, se ha de conseguir no sólo que las medidas de conciliación vayan dirigidas tanto a mujeres como a hombres, sino también que éstas sean solicitadas y empleadas en igual medida por ambos. Este reparto de tareas entre el hombre y la mujer de manera equitativa e independiente al sexo, debe ser puesto en práctica dentro del hogar, puesto que es la mejor manera de transmitirlo a las generaciones futuras.

Si sólo las madres trabajadoras por cuenta ajena tienen un derecho individual al permiso de maternidad, del que carecen, por el contrario, los trabajadores varones por cuenta ajena, las consecuencias pueden ser perniciosas e, incluso, contrarias a la finalidad que se pretende conseguir, porque ello mantiene, de modo formal y real, el tradicional reparto de roles entre el padre y la madre, manteniendo a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto de sus obligaciones parentales, y siendo éstas quienes, tengan el derecho y el deber de cuidado del hijo, del que se ve privado el padre, al menos en su titularidad inicial. La regla común debiera ser la de la intransferibilidad de los derechos derivados de la maternidad.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Analizadas someramente las características de las prestaciones y los permisos de maternidad, paternidad y parentales en Europa, su configuración y su evolución reciente, cabe señalar como principales conclusiones que en casi todos los países se ha mantenido el permiso de maternidad; alargándose con el tiempo y extendiendo a colectivos de trabajadoras antes no cubiertos. Otros países -España, Portugal- han establecido e ido ampliando la posibilidad de que la madre ceda una parte de su permiso de maternidad al padre.

En algunos países se ha instaurado un permiso de paternidad intransferible, que puede ir de varios días a varias semanas y que en líneas generales está

concebido para que el padre cuide de la madre y la sustituya en el periodo de recuperación del parto.

La tendencia que se observa en Europa continental es la de aumentar la duración de los permisos parentales en algunos países (Francia, España), y en algunos casos su remuneración (Francia, Alemania). En algunos países se está poniendo una parte intransferible. Por ejemplo, en Alemania, la reciente reforma de los permisos parentales establece un permiso conjunto de un año, que se aumentará a catorce meses si cada uno de los progenitores se toma al menos dos meses<sup>23</sup>.

Actualmente existe amplia evidencia acumulada sobre el funcionamiento de los permisos parentales, su uso diferencial por parte de hombres y mujeres y sus efectos sobre la división del trabajo, sobre todo en base al análisis de la ya larga experiencia de los países nórdicos. En estos países los permisos parentales se instauraron con vocación igualitaria, pero treinta años de aplicación han proporcionado numerosos argumentos para cuestionarse su diseño, sobre todo por la cláusula de transferibilidad entre progenitores que se estableció desde el principio y que ahora se está matizando con una cuota intransferible cada vez mayor.

Todos los indicios apuntan a que los permisos parentales conjuntos (hasta ahora disfrutados por parte de las mujeres en su inmensa mayor parte) tienen un efecto negativo sobre la división sexual del trabajo en la medida en que alejan a las mujeres del mercado de trabajo y aumentan la segregación y la brecha salarial. El efecto es mayor cuanto mayor es la diferencia de dedicación entre mujeres y hombres.

La primera característica que deberían tener los permisos parentales para que su uso fuera más igualitario y no incrementaran la división sexual del trabajo es la de la intransferibilidad, pues los hombres tienden a tomarse solamente la parte intransferible. En segundo lugar, deben ser pagados a una tasa de reemplazo del salario cercana al 100% y, por último, no deben ser largos.

A pesar de estas evidencias, sigue existiendo la idea de que los permisos parentales son, en general, positivos para mantener a las mujeres en el empleo, aún con su diseño actual y su uso casi exclusivo por parte de las mujeres. Esta afirmación, que se repite reiteradamente, responde a una visión de la sociedad en la que no se concibe una dedicación de los hombres al trabajo doméstico ni a

---

<sup>23</sup> CORTÉS RODRÍGUEZ, M. de la, “El permiso parental en la unión europea: de la antigua a la nueva directiva”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28 (2012) 197.

la dedicación a los cuidados personales. Consecuentemente con esa visión, las dos únicas alternativas que se imaginan son que las mujeres sean amas de casa a tiempo completo o que compatibilicen las tareas domésticas y de cuidado familiar con el trabajo asalariado. En cambio, la consideración de una tercera alternativa, la de una distribución igualitaria del trabajo doméstico y responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, permite establecer esta referencia de comparación e interpretar la experiencia para diseñar reformas que permitan su consecución.

Los permisos parentales no son una pieza aislada. Para explicar las tendencias observadas en muchos países, y los efectos sobre la división sexual del trabajo, es necesario considerar el entorno normativo en el que se inscriben y el modelo de sociedad que inspira el resto de las políticas públicas. Por encima de una retórica igualitaria, las reformas que se están llevando a cabo van, en mayor o menor medida, en la dirección de implicar a los hombres en el cuidado en cierto modo (no al 50%), pero también en la dirección de dar a las mujeres mayores facilidades para que carguen con la mayor parte y mantengan su inserción en el empleo en la medida en la que puedan compatibilizarlo. Las facilidades e incentivos al tiempo parcial son un elemento importante en este conjunto de medidas. Así, se puede ver que la integración de las mujeres europeas al empleo no ha sido ni mucho menos completa.

Por todo lo anterior, cobra fuerza la necesidad de considerar los permisos parentales individuales e intransferibles como un elemento más y junto con las demás medidas debe insertarse en todo el conjunto del resto de las políticas, teniendo como objetivo último el impacto que tiene sobre la igualdad de género.

Los permisos parentales son una de las medidas que, con una apariencia igualitaria, puede ser un mecanismo importante para mantener la desigualdad sexual de dedicación al cuidado, a menos que evolucionen hacia la intransferibilidad y se acompañen de otras medidas que realmente consigan un uso equivalente por parte de hombres y de mujeres y permitan avanzar en la corresponsabilidad. Una de esas medidas podría ser la de establecer la titularidad compartida como derecho individualizado por nacimiento de hijos.

