

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD¹

Pilar Núñez-Cortés Contreras. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ETEA. Universidad de Córdoba Despacho Pradas & Cebrián, abogados.

Amparo Garrigues Giménez. Profesora TU. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón.

SUMARIO

1. La suspensión por maternidad biológica: a vueltas con la titularidad del permiso por maternidad. 1.2. El disfrute compartido del permiso. Requisitos. Lastres de la titularidad materna y el disfrute por derivación del otro progenitor 1.3. Supuestos protegidos.- 1.4. Igualdad en las condiciones de trabajo (incluida la retribución) y permiso por maternidad.- 1.5. Permiso por maternidad y estabilidad en el empleo de los trabajadores. Su reflejo en la Ley Orgánica de Igualdad.- 2. El permiso por adopción: novedades introducidas por la LOI (nuevos supuestos, nuevos titulares....)- 3. El permiso por acogimiento: novedades introducidas por la LOI.- 4. Configuración del permiso por paternidad en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.- 4.1. La titularidad del permiso por paternidad.- 4.2. Situaciones protegidas en el permiso por paternidad 4.3.. Previsión expresa de mantenimiento de las condiciones de trabajo de quienes disfrutaban del permiso por paternidad.- 4.4. Duración del permiso por paternidad y modalidades de disfrute 4.5. Estabilidad en el empleo y permiso por paternidad.

RESUMEN

Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres (Ley 3/2007, de 23 de marzo, en adelante LOI) mantiene, en lo esencial, la situación actual respecto a la regulación del permiso por maternidad, si bien aplica ciertos paliativos a algunas de las más flagrantes e históricas deficiencias; introduciendo modificaciones en el permiso. Algunos de tales paliativos suponen verdaderas “novedades” dentro del régimen jurídico de la maternidad biológica; otros, suponen, aunque con mejoras, el reconocimiento legal de criterios administrativos - y jurisprudenciales- ya operativos actualmente. En algunos aspectos, las modificaciones operadas son constitutivas de importantes “novedades”, al menos en el ámbito de las relaciones laborales, como darle posibilidad de acceso al disfrute de un permiso a la figura del otro progenitor en las relaciones familiares entre dos personas del mismo sexo, en este caso de dos mujeres. Posibilidad reconocida en la nueva Ley que dota al permiso de un contenido aun más poliédrico, a pesar de que la regulación mantenga las características esenciales de la figura, conforme a las exigencias del Derecho comunitario También, como novedad, la nueva Ley, haciéndose eco de la doctrina del TJCE traída hasta nosotros por nuestros Tribunales, incorpora previsiones expresas sobre el mantenimiento de derechos- igualdad en las condiciones de trabajo- de los trabajadores que disfrutaban del permiso y la prestación por maternidad.

En paralelo al permiso por maternidad, la Ley 3/2007, configura el permiso por paternidad como una nueva figura suspensiva; un nuevo derecho subjetivo del padre o

¹ Es presente trabajo forma parte de una publicación mas extensa, *Comentarios a la Ley de Igualdad* (Ed. CISS-PRÁXIS), en la que intervienen ambas autoras y que, en el momento de entrega del original de este artículo, se encuentra en prensa.

del otro progenitor a suspender el contrato de trabajo con ocasión del nacimiento de un hijo biológico; el acogimiento o la adopción de un menor. Se trata de un derecho adicional e independiente al de los períodos de descanso concedidos *ex art. 48.4 TRET* en caso de maternidad biológica, adopción o acogimiento. Podrá ser titular de este derecho, no solamente el padre (biológico, adoptivo o acogedor) sino también el “otro progenitor”; en referencia a las *nuevas realidades familiares que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos*. La duración del permiso por paternidad es de trece días ininterrumpidos ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto, acogimiento o adopción múltiples.

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD

1. La suspensión por maternidad biológica: a vueltas con la titularidad del permiso por maternidad:”

Como su antecesora, *La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Ley 3/2007, de 23 de marzo (en adelante LOI,) otorga a la trabajadora un derecho irrenunciable a la suspensión del contrato por maternidad de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. La LOI mantiene una actitud continuista respecto al tradicional esquema de la titularidad del permiso por maternidad -siquiera en los supuestos de maternidad biológica-, ya que sigue partiendo de la titularidad originaria de la madre biológica y, permitiendo al padre –y, ahora, también, como novedad, al denominado “otro progenitor”- un mero disfrute del permiso por derivación de aquella (mediante cesión o, en los casos más extremos, por fallecimiento de la misma). Sin embargo, la nueva Ley abre la posibilidad de que el disfrute derivado del permiso por maternidad no sólo alcance a los heterosexuales padres biológicos de un recién nacido, sino, también a *nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos*². Esta cuestión merece ser analizada detenidamente. En el texto del proyecto de la LOI

² Enmienda 483 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso, aprobada y que da nueva redacción al art. 48.4 que se remite en estos términos al Congreso

aprobado por el Congreso, y remitido al Senado el 29 de diciembre de 2006, aparece la posibilidad de disfrute del permiso por maternidad no solamente por el padre sino también por “el otro progenitor”, al prosperar la enmienda número 483 sostenida por el Grupo Parlamentario Socialista. Dicha enmienda introduce una modificación única en la redacción dada al artículo 48.4 del TRET, respecto a la versión del proyecto LOI de junio de 2006, tanto para los supuestos de maternidad biológica como de adopción o acogimiento³. Esta modificación en la redacción consiste en la sustitución, en concreto para la maternidad biológica, del término “padre” por el del “otro progenitor”⁴, en referencia a otras personas, eventuales beneficiarias por derivación del permiso por maternidad. De acuerdo con la vigente regulación del matrimonio y la adopción, a raíz de la reforma realizada en el Código Civil por la Ley 13/2005, en el momento presente, la adopción conjunta se circunscribe a los casados, con independencia del sexo de los cónyuges, conforme a los arts. 44 y 175.4 del Código Civil y la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005. También pueden adoptar las parejas de hecho, cuando sus integrantes sean de distinto sexo, conforme a la Disposición Adicional 3ª de la –vigente- Ley 21/87, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil. En consonancia con esta regulación, solamente podrá ser titular por derivación del derecho al permiso por maternidad, en caso de personas del mismo sexo, la mujer que esté casada con la madre

³ Conforme a la justificación técnica dada por el Grupo Socialista, el objetivo que persigue esta enmienda es “dar cabida en la regulación del descanso a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos, entre los que se encuentra el de ser parte en el proceso de adopción. Por este motivo la enmienda 384 sustituye las referencias a la madre y el padre en los supuestos de acogimiento y adopción por la más adecuada de “ambos progenitores”, término genérico que engloba las diversas posibilidades que ya pueden darse. Modificación similar se lleva a cabo en el ámbito de la maternidad biológica, donde además se introduce la expresión “el otro progenitor”

⁴ La expresión “progenitor”, empleada aquí por el proyecto normativo, alberga –pues- un claro propósito de expansión en el disfrute, no originario, pero sí por derivación, de esta figura suspensiva, en el marco de los nuevos modelos de realidad familiar. En cualquier caso, la utilización de esta expresión con la clara finalidad aludida de dar cabida no sólo a heterosexuales sino, también, a las nuevas relaciones familiares entre homosexuales, no deja de plantear ciertos interrogantes de orden técnico que conviene despejar para evitar opciones interpretativas excesivamente amplias, que puedan desfigurar el colectivo de potenciales sujetos protegidos, con la lógica inseguridad jurídica que de ello podría derivarse.

biológica, y que adopte al hijo de su cónyuge –adquiriendo, así, la condición de “progenitora” de aquél. Y ello sin que quepa -en la nueva redacción de la Ley, ni en el término “el otro progenitor”- la posibilidad de que la mera convivencia de hecho, aunque sea prolongada, con la madre biológica, dé derecho –sin más- a su pareja (hombre o mujer), a disfrutar, por derivación, del derecho al permiso por maternidad. No obstante, existirá una dificultad de orden práctico para el disfrute del derecho en este caso; y es que, posiblemente, el permiso por maternidad habrá transcurrido ya en su totalidad en el momento que llegue la resolución judicial que constituye la adopción (art. 176 del Código Civil). No parece muy probable que, ni el empresario ni la Seguridad Social, acepten su disfrute encontrándose la futura progenitora todavía en proceso de adopción.

Así pues, si bien la posibilidad en la nueva Ley del disfrute queda abierta a la madre adoptiva casada con la madre biológica, dicha posibilidad no deja de ser bastante remota en la realidad, siquiera por una simple cuestión de *tempos*⁵.

1.2. El disfrute compartido del permiso. Requisitos. Lastres de la titularidad materna y el disfrute por derivación del otro progenitor

Al igual que en la norma precedente el nuevo 48.4 TRET supedita la concurrencia del varón (o del otro progenitor) con la mujer en el disfrute de la suspensión a la exigencia básica de que ésta ceda a aquél parte del permiso⁶ Configurándose, como

⁵ Repárese en la alternativa de que cuando el cónyuge de la madre biológica ya sea madre adoptiva y por tanto “progenitor” pueda disfrutar del permiso por adopción de dieciséis semanas; si así se admitiese un mismo hijo podría dar derecho a dos permisos, uno de maternidad y otro de adopción. Concediéndose dos períodos de descanso de dieciséis semanas en este caso, mientras que tanto en el supuesto mas frecuente de suspensión por maternidad biológica cuando los padres son dos heterosexuales, como en la adopción o acogimiento tan solo se concedería uno. Quizás hubiera que entender aplicable para dicho supuesto la regla contenida para el permiso por adopción y acogimiento que veda esta posibilidad“...*sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión...*”). Así lo señala expresamente para estas dos últimas situaciones el art. 48.4 TRET en su nueva redacción dada por la LOI.

⁶ Lamentablemente, la LOI mantiene el requisito temporal relativo a la opción materna al inicio del descanso por maternidad, excesivamente severo y carente de practicidad; máxime, cuando dicha opción

sabemos, el disfrute paterno del permiso como un derecho derivado. 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 la exclusión del disfrute del mismo por parte del padre en no pocas ocasiones. Aun cuando ambos progenitores estuviesen inicialmente de acuerdo en compartirlo. Siendo esta una de las cuestiones que ha provocado una cierta litigiosidad a raíz de la Ley 39/1999. Reflejo de ello son un buen número de pronunciamientos de los TTSSJ y del TS negándole, por ausencia de alguno de los requisitos maternos, la posibilidad de disfrute al padre (y también la correspondiente prestación). Recordemos, en el marco de la Ley 39/99, para que la madre pudiese disfrutar del permiso y se lo transmitiese al padre, se exigía que fuera trabajadora con un contrato susceptible de suspenderse *ex* artículo 45 d) TRET⁷; o, también, funcionaria; en cambio, se rechazó dicha posibilidad cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia o autónoma.

Para empezar, hemos de hacer hincapié en el mantenimiento por la LOI de la exigencia estatutaria en torno a la necesidad de que ambos progenitores “trabajen”, para que pueda resultar operativo el mecanismo de “comunicación” del permiso entre ellos (cfr. párrafo segundo del art. 48.4 TRET); se continúa dificultando, por tanto, la integración real y efectiva del otro progenitor en el cuidado del hijo. En cualquier caso, resulta necesario señalar que la LOI sí viene a flexibilizar la exigencia de que ambos trabajen introduciendo ciertos matices “racionalizadores” inspirados sin duda por la búsqueda del bien y mejor protección del recién nacido⁸. Argumentos suficientes para

puede revocarse *ex* art. 8 del R.D. 1251/2001. Y por tanto no puede, *per se*, considerarse como un acto jurídico inmutable ya que va a quedar sometida en su efectividad a numerosas circunstancias contingentes que pueden anularla.

⁷ STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/62) y con posterioridad también la STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2004 (JUR 2004/7393).

⁸ así como para fomentar “la posibilidad de que el otro progenitor participe en el cuidado del hijo, con la misma extensión y condiciones que las contempladas para los supuestos de adopción”.

acoger el criterio sentado por la Resolución de 21 de abril de 2004⁹, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, que estableció que, en caso de fallecimiento de la madre acaecido durante el parto o en momento posterior, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad (art. 133. *bis* y ss. TRLGSS), con independencia de que aquélla “realizara o no algún trabajo”. Por tanto, podrá, en este caso, el otro progenitor hacer uso del permiso y acceder (si satisface los requisitos de alta y cotización exigidos) a la prestación económica-, Y podrá hacerlo además y esto supone una novedad- por la totalidad del período de suspensión, con la duración que al mismo corresponda, en su caso, por parto múltiple computado desde la fecha del parto, incluido el tiempo correspondiente al descanso obligatorio puerperal que, carente aquí de la relevancia recuperadora que habitualmente posee, se “reconvierte” en su *ratio* al objeto de facilitar al padre el cuidado del recién nacido y sin que se descuenta del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. Del mismo modo, si el padre falleciera habiendo comenzado ya el disfrute del permiso, entendemos que la parte del período suspensivo no disfrutada por éste ha de “revertir” de nuevo en la trabajadora

En la línea de potenciar el disfrute del permiso por parte del padre, eliminando trabas para que la madre le transmita al padre este derecho en situaciones, en que se le negaba dicha posibilidad, la LOI introduce una nueva previsión que permite en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, si pueda el otro progenitor suspender su contrato de trabajo por el período que le hubiera correspondido a la madre (las dieciséis semanas o las que le correspondan en caso de parto múltiple o alumbramiento) sin que dicha situación disfrutada por el padre (o el

otro progenitor) sea incompatible con el disfrute posterior del permiso por paternidad. Con esta nueva previsión se abre la posibilidad de que las trabajadoras autónomas o por cuenta propia puedan transmitir el derecho al padre (o al otro progenitor). Posibilidad que había quedado vedada por Sentencia del TS de 18 de marzo de 2002 -dictada en unificación de doctrina-, a pesar de las posturas iniciales encontradas al respecto¹⁰. Y que resulta extensible también, lógicamente al resto de los regímenes especiales de la Seguridad Social *ex* Disposición Adicional 11 bis de TRLGSS:

También ha de reconocerse un cierto cambio de orientación para evitar trabas a la participación del padre en el cuidado del hijo, previsión establecida por el inciso final de párrafo segundo del art. 48.4 TRET, de acuerdo con la *cual* “*El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal*”¹¹.

1.3.Supuestos protegidos

Por lo que se refiere a la *maternidad biológica*, no se ha introducido nuevos supuestos con respecto a la Ley 39/99 y a la concreción reglamentaria de los mismos, hecha con posterioridad por el R.D. 1251/2001, como veremos, tan sólo se ha introducido alguna mejora para equiparar la duración del permiso en casi todos ellos con independencia de que el hijo viva o no¹². Queda protegido, como hemos señalado

¹⁰ STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/62)

¹¹ En efecto, en la Ley 39/99, la situación descrita por la norma (incapacidad temporal de la mujer en el momento de reincorporarse al trabajo), impedía el ejercicio por el padre del derecho al permiso (y, en su caso, a la prestación) que viniera disfrutando, circunstancia ampliamente criticada por la doctrina, por cuanto desconoce la especial necesidad que, en tal caso, y ante la dificultad –o, incluso, imposibilidad- de que la madre dispense al hijo los cuidados necesarios, el padre pueda continuar atendiendo al neonato.

¹² Quedando comprendidos los procesos de gestación, llegados a término (cuando el hijo nace vivo), pero también en los casos de muerte del hijo ; también, quedan incluidos, dentro del ámbito protector de la prestación económica por Maternidad los supuestos de gestación interrumpida ante tempus, si bien cuando hayan alcanzado una duración mínima de 180 días; tal interrupción podrá haber acaecido de modo espontáneo o natural (lo que comúnmente se conoce como “parto prematuro”) o bien por

supra, el proceso maternal, incluso en los casos de fallecimiento de la madre. En caso de fallecimiento del hijo, la LOI da la posibilidad a la madre, con carácter de exclusividad, de disfrutar, si así lo decidiera, de la totalidad del permiso por maternidad una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio aunque su salud se encuentre completamente restablecida. Así lo establece un nuevo inciso final del apartado primero del art. 48.4 del TRET.

La suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Y ampliables, también, en dos semanas más en caso de discapacidad del hijo, conforme a la nueva LOI. El carácter ininterrumpido del período suspensivo puede fallar -de acuerdo con las previsiones del art. 48.4 TRET (en lo que constituyó una novedad introducida por la Ley 12/2001)-, en el caso de parto prematuro o cuando, por cualquier otro motivo de salud, el hijo queda hospitalizado a continuación del parto; en efecto, en tal caso, el legislador previó que -una vez disfrutado por la trabajadora el indefectible descanso puerperal obligatorio- el período de suspensión restante (en su caso) pudiera computarse, a instancia de la madre o, en defecto de ésta, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria del neonato; y ello, bajo la lógica consideración de que, siendo la finalidad de tal período dispensar los cuidados necesario al recién nacido, así como el adecuado establecimiento de las relaciones paterno-filiales, y dispensándose los primeros por la institución sanitaria, y dificultado el segundo por la circunstancia de la hospitalización, lo lógico era dejar sin efecto temporalmente la suspensión, en tanto en cuanto se mantenga esa irregular situación, para retomar el permiso cuando se produjese el alta hospitalaria del neonato y su llegada al hogar, período en el cual serán necesarios especialísimos cuidados -dada

inducción (debiendo entenderse incluida aquí solamente *la interrupción del embarazo realizada con finalidad terapéutica*, por ser la única que puede practicarse, incluso, más allá de los primeros 180 días de gestación), con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no

la condición de prematuridad del recién nacido-, que justificarían (ahora sí) la reapertura del período suspensivo para dedicarlo a la protección de tales bienes jurídicos. A estas previsiones la LOI añade novedades introduciendo una modificación en el art. 48.4 TRET ampliando la duración del período de suspensión por maternidad biológica en caso de hijos prematuros nacidos con falta de peso y neonatos que deban ser hospitalizados a continuación del parto, por un período superior a siete días, por cuanto supone la ampliación del período de suspensión en tantos días como el bebé se encuentre hospitalizado, si bien con un máximo de trece semanas adicionales y que lógicamente repercute de modo directo sobre la cuestión de la duración de la prestación por maternidad. En la medida que el art. 133 *bis* TRLGSS se refiere, como situaciones protegidas, a “los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores...”, la consecuencia es, necesariamente, reconocer a efectos prestacionales como parte del período de descanso por maternidad biológica al tiempo adicional que se compute por las causas apuntadas. Será, no obstante, necesario esperar al desarrollo reglamentario para conocer más detalladamente el alcance de esta modificación de última hora.¹³.

Algunos de los nuevos supuestos contemplados en la LOI suponen una ampliación de la extensión temporal del permiso por maternidad, aunque no sean supuestos de muy alta incidencia. Veamos.

Una ampliación -más arriba comentada- del elemento temporal del permiso por maternidad a favor del padre, para un mejor cuidado del recién nacido, la constituye la posibilidad de que en caso de fallecimiento de la madre pueda disfrutar de la totalidad

¹³ La modificación tuvo lugar merced a la aprobación de las Enmiendas nos. 115 (Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió –GPCiU-) y 177 (Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés –GPECP-), con el apoyo del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Senado, y el fracaso en el Pleno del Voto Particular nº 11 que postulaba la vuelta al texto original del proyecto normativo, sin atender a las modificaciones operadas por dichas enmiendas.

del período de suspensión, o en su caso de la parte que reste, computado desde la fecha del parto, sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

En caso de fallecimiento del hijo, la LOI da la posibilidad a la madre, con carácter de exclusividad, de disfrutar, si así lo decidiera, de la totalidad del permiso por maternidad una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio aunque su salud se encuentre completamente restablecida -se entiende que descontando si se hubiese disfrutado el período anterior al parto- (así lo establece un nuevo inciso final del apartado primero del nuevo art. 48.4 del TRET: “*en el supuesto de fallecimiento del hijo el período de suspensión no se verá reducido salvo que una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo*”¹⁴).

Finalmente, qué duda cabe que constituye un supuesto de prolongación del permiso por en favor del padre y también del otro progenitor la posibilidad aludida *supra*, de que puedan seguir haciendo uso del permiso que le haya sido cedido cuando la madre en el momento de la reincorporación se encuentre en situación de incapacidad temporal (el inciso final de párrafo segundo del art. 48.4 TRET).

1.4. Igualdad en las condiciones de trabajo (incluida la retribución) y permiso por maternidad

Las exigencias de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares encontrarán una cierta respuesta del legislador en las nuevas previsiones contenidas al respecto en la LOI, como veremos a continuación. A través de estas previsiones ha de considerarse efectuada la trasposición, en este concreto

¹⁴ Con anterioridad, el R.D. 1251/2001 (art. 7.2) establece que en caso de fallecimiento del hijo, aunque el feto no reúna las condiciones establecidas en el art. 30 del Código Civil, siempre que el feto hubiera permanecido en el seno materno 180 días la madre tendrá derecho solamente a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio.

aspecto, de la Directiva 2002/73 y también, digamos que con carácter inmediato, la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006. .

Así pues, con carácter genérico, el art. 44 LOI constituirá el telón de fondo para preservar la igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan sus responsabilidades familiares señalando que “...*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.*”

Y, específicamente, para el permiso por maternidad, la nueva previsión contenida en el último párrafo del artículo 48.4 del TRET: “*Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado (maternidad biológica, adopción y acogimiento)....*»; y ello, en clara referencia a que el disfrute del permiso por maternidad no puede suponer un trato desfavorable para los trabajadores en lo relativo a sus condiciones de trabajo, incluida la retribución, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos (antigüedad, promoción...), pérdida de retribución (aumento salarial, acceso a un grado retributivo superior, obtención de una gratificación, etc..).¹⁵ Muy al contrario, los trabajadores obtendrán durante su disfrute -no sólo en relación con la acumulación del tiempo de trabajo- similares beneficios a los que tendrían de encontrarse en activo. Asimismo, la nueva LOI contiene otra previsión complementaria a la anterior a través de la que se protege la integridad en la cuantía de la indemnización por despido de quienes antes de ser despedidos hubieran disfrutado del permiso por maternidad a tiempo parcial, con la consiguiente reducción de su salario. Estableciendo que sea tomado en consideración, a

¹⁵ La regulación de la excedencia por cuidados de hijos establecida por el artículo 46.3 TRET ha dado como fruto varios pronunciamientos jurisprudenciales decisivos sobre la materia. Así pues, en STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 9080).

estos efectos, el salario anterior a la reducción de la jornada¹⁶; en los siguientes términos: “...el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

A partir de la nueva LOI, estas pretensiones podrían encontrar una respuesta favorable a los trabajadores, con apoyo en las nuevas previsiones sobre igualdad de condiciones (durante el permiso por maternidad) contempladas en la LOI y, específicamente, en su Disposición Adicional Octava sobre el cálculo de indemnizaciones en supuestos de jornada reducida, entre los que se incluye el disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial. Ante la insuficiencia normativa, en la etapa anterior a la LOI, reconducir situaciones como las descritas al terreno de la discriminación indirecta había proporcionado una vía complementaria de tutela de la igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, que ha permitido a nuestros Tribunales atacar normas, medidas o decisiones que perjudican a una categoría de trabajadores caracterizada por la pertenencia a un sexo determinado¹⁷. La nueva LOI recoge expresamente el concepto de discriminación indirecta, sin determinar cambio conceptual alguno respecto a la normativa y jurisprudencia anteriores; en su artículo 6 señala: “ se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición , criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto del otro , salvo que dicha disposición criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados ”.

¹⁶ Similares razonamientos respecto a la interpretación del art. 46.3 TRET son asumidos por el TSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003 (AS 2003/453).

¹⁷ Por todas, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 2 de noviembre de 2004 (AS 2004/3366).

Con la misma finalidad de dar respuesta por el legislador al mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo durante el disfrute del permiso por maternidad, específicamente del derecho a las vacaciones, se añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38¹⁸. Con esta nueva regulación se da respuesta en el plano legal al problema de la compatibilidad de las vacaciones y el disfrute del permiso por maternidad. La LOI ha hecho suya la solución mas expansiva previamente adoptada por la negociación colectiva al permitir disfrutar de las vacaciones“...*al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan*”.

1.5. Permiso por maternidad y estabilidad en el empleo de los trabajadores. Su reflejo en la Ley Orgánica de Igualdad

La Ley 39/99, al trasponer la Directiva 92/85/CE, otorgó a través de la presunción de nulidad una amplia protección frente al despido disciplinario y la extinción por causas objetivas producidos durante el permiso por maternidad, sin abarcar tampoco el momento de la reincorporación tras su disfrute, en paralelo con la extensión temporal de la protección otorgada por Directiva 92/85. Por ello, en consecuencia, nuestros Tribunales, al aplicar la Ley 39/99, han ceñido la presunción de nulidad de los despidos disciplinarios y la extinción por causas objetivas al límite temporal de los períodos expresamente protegidos del artículo 55.5 TRET¹⁹, reiterando la necesidad de que el despido, para que sea declarado nulo, debe producirse dentro de los límites temporales de dichos períodos (excluyendo, por tanto, de tal garantía el momento posterior a la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad).

¹⁸ Se añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38, en los siguientes términos:«*Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con...el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.*

¹⁹ Así por todas, por los TSJ de Castilla y León y Cataluña en Sentencias de 20 de septiembre de 2004 (JUR 2004/264243) y 3 de diciembre de 2004 (JUR 2005/34947), respectivamente; y también STSJ Andalucía (Sala de Sevilla) de 18 de julio 2003 (2003/6333).

Así lo señala expresamente el TSJ de Madrid en Sentencia de 13 de diciembre de 2003²⁰ que declara la improcedencia del despido de una trabajadora por producirse meses después de su reincorporación tras el disfrute de su permiso por maternidad, sin que se encontrase con la jornada reducida o en alguna de las situaciones blindadas. Qué duda cabe que el momento de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad y también el período posterior al mismo constituyen situaciones críticas para la estabilidad en el empleo de la trabajadora. Y por ello, la LOI ha incluido entre las nuevas extinciones y despidos protegidos con la garantía de la presunción de nulidad: *“Los de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad,.....siempre que no hubieran transcurrido mas de nueve meses desde la fecha de nacimiento”*, a salvo de que se declare la procedencia de la decisión extintiva o del despido por motivos distintos. Estos nuevos supuestos quedarán comprendidos en los arts. 53.4 y 55.5 TRET y 108.2 y 122.2 LPL; con ello, la LOI ha efectuado, y en este concreto aspecto, la transposición de las Directivas 2002/73 y 2006/54 (para esta última, el plazo de transposición señalado se extiende hasta el 15 de agosto de 2008).

2. El permiso por adopción: novedades introducidas por la LOI (nuevos supuestos, nuevos titulares...)

El nuevo art. 48.4 TRET (redactado conforme a la LOI) reconoce la posibilidad de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de adopción ; para su concreción nos reenvía al nuevo art. 45.1 d) en el que se incluyen la adopción de menores de seis años y de mayores de seis que sean menores de edad y que tengan especiales dificultades de inserción debidamente acreditadas por los servicios sociales, motivadas por alguna discapacidad (desapareció la referencia a los minusválidos contenida en la Ley 39/99); por “especiales circunstancias y experiencias personales”, y por provenir

²⁰ AS 2004/2444.

del extranjero. La duración del período suspensivo será en ambos supuestos de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se ampliará en los casos de adopción múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

Como en la regulación precedente, en la nueva LOI la apertura del período suspensivo tendrá lugar a elección del trabajador/a adoptante, ya desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, si existe acogimiento preadoptivo, ya desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, tratándose, con ello, de flexibilizar el período suspensivo para adecuarlo al máximo al momento real de la llegada del menor al hogar.

En los supuestos de adopción internacional, a partir de la Ley 39/99, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción. No obstante la aparente facilidad con que el legislador acomete este problema tan común en los casos de adopción internacional, se suscitaron con posterioridad a la aprobación de la Ley 39/99 dudas -sobre las que la LOI guarda también silencio- en el tenor literal del artículo 48.4 TRET sobre los criterios para determinar la existencia de necesidad de desplazamiento de los adoptantes²¹. Respecto a la adopción internacional, la LOI ha introducido otra novedad, relativa al *dies a quo* de la protección económica en el que ha de entenderse cumplido el requisito de cotización mínima previa, lo que afecta -favoreciendo a los beneficiarios- en los supuestos de adopción internacional. En su redacción previa a la LOI, el art. 133.ter, evidentemente, no establecía previsión concreta alguna referida a los supuestos – contemplados en el último párrafo del art. 48.4 TRET- de adopción internacional, en

²¹ La mera admisión de desplazamientos objetivamente necesarios dejaría fuera del régimen suspensivo los desplazamientos potestativos, para cuya realización el trabajador o la trabajadora deberá recurrir a otros mecanismos, jurídicos (licencia sin retribución, vacaciones anticipadas-todo ello previo acuerdo con el empleador-) o a la mera vía de hecho, todo ello con desiguales consecuencias laborales;lejos todos ellos de los beneficios inherentes a la situación suspensiva correspondiente.

que los adoptantes deban desplazarse previamente al país de origen del adoptado (en cuyo caso, el precepto estatutario prevé la posibilidad de iniciar el disfrute del permiso hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción). En este sentido, el momento del hecho causante de la prestación no coincide con la fecha de *la resolución extranjera por la que se constituya la adopción*, sino con un momento *previo*, al que el ordenamiento jurídico laboral reconoce la cualidad de *hecho causante* y al que, sin embargo, hasta ahora, no se reconocía como referente para el cómputo del requisito de cotización en esas situaciones. El desarrollo reglamentario, operado por el RD 1251/2001, vino a establecer la adecuada sincronía entre el inicio del período suspensivo y la caracterización de tal momento como *dies a quo* para el cómputo del período de cotización. Esta sincronía, no obstante imponer una cierta “razonabilidad” técnica, determinaba la aplicación, *de facto*, de un criterio operativo claramente perjudicial para los trabajadores, por cuanto dicho cómputo implicaba la “pérdida” (o, dicho de otro modo, la no inclusión en el cómputo) de hasta cuatro semanas de cotización que, en algún caso, pueden resultar necesarias para el acceso a la prestación. Con la modificación introducida por la LOI se permite, en el supuesto contemplado, diferir a una fecha posterior al inicio del descanso (la de la resolución) el momento en que se ha de acreditar la carencia mínima, de forma que se favorece el cumplimiento del mencionado requisito por parte de los interesados, que podrán acumular hasta cuatro semanas cotizadas más para generar el correspondiente derecho.

Asimismo indicar que las dieciséis semanas de duración del período suspensivo, así como las semanas mas que correspondan en el caso de adopción múltiple, y de discapacidad del menor (conforme a la nueva LOI) no es imperativa sino un garantía legal a la que el o la trabajadora tiene derecho, pero de la que el o la trabajadora puede disponer en menos (al igual que el período no obligatorio de la maternidad biológica).

En paralelo al permiso por maternidad biológica, también en los supuestos de adopción y acogimiento, la nueva Ley abre la posibilidad de que el disfrute indistinto del permiso por adopción no sólo alcance a los heterosexuales padres biológicos de un recién nacido, sino, también a *nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos*²².

Respecto a la titularidad del permiso en caso de adopción, y conforme a la vigente regulación estatal del matrimonio y la adopción, a raíz de la reforma realizada en el Código Civil por la Ley 13/2005, en el momento presente, la adopción conjunta se circunscribe a los casados, con independencia del sexo de los cónyuges, conforme a los arts. 44 y 175.4 del Código Civil y la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005. También pueden adoptar las parejas de hecho, cuando sus integrantes sean de distinto sexo, conforme a la Disposición Adicional 3ª de la –vigente- Ley 21/87, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil. Por tanto en caso de matrimonios homosexuales (dos hombres o dos mujeres) podrían ambos progenitores, padres adoptivos, al igual que los matrimonios o parejas de hecho heterosexuales disfrutar indistintamente del permiso por adopción. Quienes tendrían vedado el disfrute del permiso por adopción son las parejas de hecho homosexuales, ya sean de dos hombres o de dos mujeres, sin que nada impida que puedan disfrutarlo en solitario. Ahora bien en el caso de adopción posterior del otro miembro de la pareja convertido en cónyuge le estaría vedado el disfrute conforme a la nueva redacción dada por la LOI (“...sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión...”).

²² Enmienda nº 483 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso, aprobada y que da nueva redacción al art. 48.4 TRET.

3. El permiso por acogimiento: novedades introducidas por la LOI

Es precisamente en el ámbito del acogimiento familiar *strictu sensu* (tanto preadoptivo como permanente, o simple -en este caso, cuando su duración no sea inferior a un año-) donde se opera la modificación, al haber extendido la LOI la protección contractual al supuesto de acogimiento simple –*ex* Código Civil o de acuerdo con la normativa civil autonómica que lo regule- y al acogimiento provisional. Se da, así, satisfacción, de un lado, a las exigencias –planteadas con insistencia por la vía de las enmiendas en ambas cámaras legislativas- de cobertura del acogimiento simple regulado en el Código Civil catalán y, de otro, el reconocimiento a nivel legal de una clamorosa demanda -plantada tanto en el ámbito jurisdiccional²³ como en la práctica administrativa²⁴- relativa a la necesaria inclusión, como situación protegida, del acogimiento provisional, si bien no del constituido como tal, sino del constituido en los casos de oposición de los padres biológicos o de los tutores del menor al acogimiento preadoptivo o permanente, mientras se resuelve judicialmente. Y ello, en base al preeminente interés del menor en tales casos²⁵.

Junto a la adopción como forma de filiación se han desarrollado formulas de protección de los menores reflejadas en el vigente artículo 173 bis del Código Civil: así, el acogimiento familiar; entre las modalidades de acogimiento allí reconocidas, el art. 48.4 TRET (conforme a la redacción dada por la LOI) otorga el derecho a la suspensión del contrato de trabajo para los supuestos de acogimiento preadoptivo, permanente o **simple (en éste caso, cuando su duración no sea inferior a un año) –*ex* CCiv. o de**

²³ Así, por todas, las STSJ Murcia (Social), de 14 noviembre 2000 (AS 2000, 3710) y Castilla y León (Valladolid), de 29 enero 2002 (JUR 2002, 74948).

²⁴ De esta manera, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 8 enero 2002.

²⁵ En este sentido, con la inclusión de las situaciones de provisionalidad que puedan, eventualmente, darse durante los procesos de adopción o acogimiento, se avanza todavía más en el proceso –histórico, iniciado en 1989- de ampliación del bien jurídico tutelado, enriqueciendo y potenciando de modo efectivo la entidad protectora de la institución de la “maternidad”, y situándola cada vez más lejos (en cuanto a su objeto de protección y en cuanto a su *ratio*) de sus estrictas manifestaciones biológicas, así como de la institución de la Incapacidad Temporal, en tanto la misma queda configurada como contingencia vertebrada sobre el pilar básico de la exclusiva alteración de la salud y sus efectos incapacitantes.

acuerdo con la normativa civil autonómica que lo regule- y al acogimiento provisional, de menores de seis años y de mayores de seis que sean menores de edad y que tengan especiales dificultades de inserción debidamente acreditadas por los servicios sociales, motivadas por alguna de las siguientes causas: por discapacidad; por “especiales circunstancias y experiencias personales”, y por provenir del extranjero. Sin embargo para este segundo supuesto no cabe opción del trabajador/ o trabajadora para decidir cuando comenzar a disfrutar del período suspensivo correspondiente, puesto que al no seguirse procedimiento de adopción alguno (autonomía del acogimiento), el inicio de la suspensión se dará en el momento en que se dicte la resolución autorizando aquél. Establece el art. 48.4 TRET que la duración del período suspensivo derivado del acogimiento es de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables -en el supuesto de acogimiento múltiple y discapacidad del menor- en dos semanas más.

En caso de que quienes realizan el acogimiento trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados. Al igual que sucede en los supuestos de maternidad “natural” y adoptiva, en caso de acogimiento, el disfrute simultáneo de períodos de descanso, no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que corresponda en caso de acogimiento múltiple.

La nueva LOI abre la posibilidad de que el disfrute indistinto del permiso no sólo alcance a los heterosexuales padres biológicos de un recién nacido sino, también, a *nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos.*

Pues bien, en el acogimiento, conforme a la vigente regulación estatal contenida en Código Civil, **si es permanente (o simple)** el acogimiento podrá realizarse por personas individuales; o bien parejas, casadas o no, de personal de del mismo o distinto

sexo; mientras que en el caso del **acogimiento preadoptivo**, y puesto que los acogedores han de reunir los mismos requisitos necesarios para adoptar, conforme al art. 173 bis del Código Civil, podrían ser personas individuales de cualquier sexo o bien parejas heterosexuales, o matrimonios heterosexuales u homosexuales, pero no parejas homosexuales. Sin que en ningún caso un mismo menor pudiera dar derecho a varios períodos suspensivos.

Finalmente, señalar respecto a la igualdad en las condiciones de trabajo, y la estabilidad en el empleo de quienes disfrutan del permiso por adopción y acogimiento damos por reproducido el análisis realizado *supra* en relación al permiso por maternidad biológica. Ya que las previsiones de la LOI al respecto también alcanzan a los supuestos de adopción y acogimiento²⁶.

4. Configuración del permiso por paternidad en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres

El permiso por paternidad en la LOI queda caracterizado como una nueva figura suspensiva (existe otra novedad suspensiva también, el riesgo durante la lactancia natural), mediante su inclusión en la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del TRET, que queda redactado en los siguientes términos: «...d) *Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, ...*». Su regulación, contenida en un nuevo artículo 48 bis, intitulado “*Suspensión del contrato de trabajo por paternidad*”, configura el permiso por paternidad como un nuevo derecho subjetivo del padre o del otro progenitor a suspender el contrato de trabajo con ocasión del nacimiento de un hijo biológico, el acogimiento o la adopción de un menor.

²⁶ Véase al respecto los apartados 1.4 y 1.5 del presente trabajo relativos a la igualdad en las condiciones de trabajo y la estabilidad en el empleo de quienes disfrutan del permiso por maternidad biológica aplicables en su contenido a los permisos por adopción y acogimiento

Se trata de un derecho adicional e independiente y, en algunos supuestos, compatible con los períodos de descanso concedidos *ex art. 48.4 TRET* en caso de maternidad biológica, adopción o acogimiento (“...*independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4...*”). La duración del permiso por paternidad es de trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en caso de parto, acogimiento o adopción múltiples. El derecho al permiso por paternidad podrá disfrutarse en coincidencia temporal con dichos períodos (descanso por maternidad, adopción o acogimiento) o bien una vez finalizados éstos²⁷. Como ya se ha señalado, este nuevo permiso se encuentra más próximo en su caracterización al permiso en caso de adopción o acogimiento que al supuesto de la maternidad biológica: en efecto, al estar desprovisto de toda connotación fisiológica, relativa al cuidado de la salud de los sujetos beneficiarios. No en vano, en el Derecho Comunitario más reciente, en concreto, en la Directiva 2002/73, modificada por la 2006/54, el permiso por paternidad se regula conjuntamente en un mismo precepto -y en términos idénticos- con el permiso por adopción.

El reconocimiento de este nuevo permiso por paternidad supone la posibilidad de ampliación *de facto* del período de tiempo del que dispone la familia para atender las necesidades generadas por la llegada de un nuevo hijo. Y ello, con la intención, una vez más, de promover que las responsabilidades generadas por tal motivo sean asumidas, al

²⁷ El permiso por paternidad se configura como un derecho de obligada concesión por el empresario, al tratarse de un derecho mínimo de carácter necesario sometido tan sólo al requisito formal de su comunicación al empresario, conforme establece el nuevo art. 48 bis del TRET, con el solo condicionamiento de que se haga con la debida antelación. Entre los trámites a realizar, se debe solicitar al médico del Servicio Público de Salud un informe de maternidad, quedándose el padre con una copia y correspondiendo, la otra, al Servicio Público de Salud. El trabajador necesitará tener preparada su documentación personal acompañada de los documentos específicos, según el hecho causante sea el parto, la adopción o el acogimiento. El original del informe de maternidad deberá entregarlo el trabajador a la empresa, que lo devolverá cumplimentado. También deberá cumplimentar el modelo oficial de la solicitud de paternidad, adopción o acogimiento o cualquier otro que, aún no siendo oficial, recoja la misma información. Posteriormente, deberá hacer entrega de toda la documentación en alguno de los 43 centros de la Red CASI de la Seguridad Social.

menos en alguna parte, por ambos progenitores, sin –necesariamente- minorar el tiempo de descanso que corresponda a la madre y dando al padre mayor protagonismo en el cuidado de los hijos que el que, hasta ahora, ha venido atribuyéndosele. Con este nuevo instrumento se permite, además, que la madre pueda retomar, si ese es su deseo, sus responsabilidades profesionales, evitando con ello los posibles perjuicios profesionales sin desatender el cuidado del hijo, que quedaría, aunque por un lapso de tiempo corto, a cargo del padre.

Diversas son, por tanto, las finalidades perseguidas con el reconocimiento de un permiso por paternidad en la LOI, entre las que cabría mencionar: intensificar el catálogo de medidas de conciliación; compensar las trabas, al menos en el plano legal, a la participación del padre en el cuidado de los hijos, derivadas de la configuración del permiso por maternidad biológica; aumentar el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos desde su llegada a la familia; ampliar el abanico de posibilidades de reparto entre ambos progenitores de los derechos reconocidos para el cuidado de los hijos recién nacidos, adoptados o acogidos; flexibilizar el disfrute de los derechos, acomodándolo a las necesidades y características de cada familia; repartir, entre hombres y mujeres, el riesgo de perjuicio profesional derivado de la asunción de las responsabilidades familiares; abrir una vía para dar cabida a las nuevas realidades familiares en el disfrute de los derechos de conciliación de vida profesional y familiar.

4.1. La titularidad del permiso por paternidad

Conforme a lo establecido en la LOI, podrá ser titular de este derecho, no solamente el padre (biológico, adoptivo o acogedor) sino también el “otro progenitor”.²⁸ La LOI abre, así, la posibilidad de disfrute del permiso por paternidad a las *nuevas realidades familiares que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del*

²⁸ *El padre o el otro progenitor tendrán derecho a la suspensión del contrato(.....Esta suspensión, que corresponde en exclusiva al padre o al otro progenitor...”).*

*mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos*²⁹. En el texto del proyecto LOI aprobado por el Congreso, y remitido al Senado el 29 de diciembre de 2006, aparece por primera vez la posibilidad de que el permiso por paternidad pueda disfrutarse no solamente por el padre sino, también, por “el otro progenitor”, al prosperar la enmienda n° 485 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Dicha enmienda introdujo una única modificación en la redacción dada al artículo 48 bis del TRET, respecto a la versión del PLOI de junio de 2006. Esta modificación en la redacción consistiría en la sustitución del término “padre” por el de “otro progenitor”, en referencia a otras personas, eventuales beneficiarias del permiso por paternidad y que, por alguna razón, no pueden quedar subsumidas en el concepto legal “padre” antedicho –que, por ello, resultaría restrictivo³⁰. No obstante, es sabido que un uso semejante del término “progenitor” ha sido duramente criticado por algunos sectores de la doctrina civilista, que han visto en ello un “cultismo designado para posibilitar la adopción por personas del mismo sexo o por una persona del mismo sexo que el padre o la madre natural y que se aparta de la veracidad biológica y la contradice abiertamente, ya que la procreación únicamente puede surgir de la unión heterosexual”.

En cualquier caso, la utilización de esta expresión con la clara finalidad aludida de dar cabida no sólo a heterosexuales sino, también, a esas nuevas estructuras familiares, basadas en las uniones homosexuales, no deja de plantear ciertos interrogantes de orden técnico que conviene despejar para evitar opciones interpretativas excesivamente amplias, al menos en el momento presente, que puedan

²⁹ Enmienda 483 presentada por el Grupo Socialista en el Congreso, aprobada y que da nueva redacción al art. 48.4 TRET que se remite en estos términos al Congreso.

³⁰ Conforme a la justificación técnica dada por el Grupo Socialista, tanto a la enmienda n° 485, como a la n° 484 para el caso del permiso por maternidad (de idéntico fundamento), el objetivo que se persigue es “dar cabida en la regulación del descanso a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo y el reconocimiento de sus derechos, entre los que se encuentra el de ser parte en el proceso de adopción. Por este motivo, insistimos, las enmienda 485, específica para el permiso por paternidad, sustituye, la alusión exclusiva al padre por la mas adecuada de “ padre o el otro progenitor.”

desfigurar el colectivo de potenciales sujetos protegidos, con la lógica inseguridad jurídica que de ello podría derivarse.

Conforme se ha señalado *supra*, la vigente regulación estatal del matrimonio, la adopción, y el acogimiento, a raíz de la reforma realizada en el Código Civil por la Ley 13/2005, en el momento presente, la adopción conjunta se circunscribe a los casados, con independencia del sexo de los cónyuges, conforme a los arts. 44 y 175.4 del Código Civil y la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005. También pueden adoptar las parejas de hecho, cuando sus integrantes sean de distinto sexo, conforme a la Disposición Adicional 3ª de la –vigente- Ley 21/87, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil. Respecto al acogimiento habría que distinguir el simple y permanente, por un lado, del acogimiento preadoptivo, conforme a lo establecido en el art. 173 del CC, los primeros supuestos de acogimiento sí podrían darse ente parejas de homosexuales, mientras que el segundo exigiría los mismos requisitos que la adopción (casados homosexuales o heterosexuales y parejas de hecho heterosexuales).

Ciñéndose a los requisitos antedichos, y tomando en consideración la literalidad dada por la LOI al artículo 48 bis del TRET, se abre un abanico de posibilidades respecto a quiénes pueden disfrutar del permiso por paternidad, a saber:

- a) Cuando el permiso por paternidad se genere por el nacimiento de un hijo “*en el supuesto de parto*”, la suspensión corresponderá en exclusiva al otro progenitor. En este caso, podrá disfrutarlo, lógicamente, el padre biológico, incluso aunque haya compartido el permiso por maternidad con la madre. Y, también, el cónyuge de la madre biológica, en caso de ser otra mujer, adquiriendo -en tal supuesto- la condición de “el otro progenitor”, si bien, quedando dicha posibilidad supeditada a la difícil coincidencia cronológica con el momento en que se produzca la resolución judicial de adopción. Y es que no cabrá que el

cónyuge del mismo sexo reconozca la maternidad del hijo biológico de su consorte, pero sí, podrá adoptarlo por el juego combinado de los arts. 175 y 178.2 del Código Civil.

- b) Cuando el permiso por paternidad se genere por la adopción de un menor, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados. Podrán disfrutarlo, enteramente y en solitario, el varón padre adoptivo o, alternativamente, la madre adoptiva en matrimonios heterosexuales y homosexuales y también en parejas heterosexuales, si bien ello condicionado por la circunstancia de quién haya disfrutado el permiso por adopción, de manera que, cuando uno de ellos haya disfrutado de la totalidad del permiso por adopción del artículo 48.4 TRET, quedará excluido del disfrute del permiso por paternidad, para así fomentar las *la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares*³¹.

Sin duda, resulta chocante que admitamos la posibilidad de que la madre adoptiva pueda disfrutar del permiso por paternidad pero, si no se reconociera de esta forma, se estaría infligiendo un trato peyorativo al matrimonio y la pareja heterosexual frente al matrimonio entre personas del mismo sexo. Dado que, como se ha señalado, la adopción puede producirse en matrimonios homosexuales, también serán considerados “progenitores” del menor los cónyuges del mismo sexo que lo adopten -conjunta o sucesivamente- y, por tanto, uno de los dos podrá disfrutar del permiso por paternidad, aunque se trate de una mujer. La posibilidad de adopción conjunta queda, sin embargo, vedada a las parejas homosexuales no unidas en matrimonio, si bien podrá adoptar en solitario uno de sus miembros, a quien corresponderá disfrutar del permiso por adopción y, después, del de paternidad; cabe admitir, conforme a los razonamientos anteriores,

³¹ Art. 44. LOI.

que este último derecho podría ser disfrutado, también, aunque el adoptante sea una mujer. Piénsese que, incluso en la actualidad, tras la aprobación de la LOI, el padre biológico continúa disfrutando de un permiso y una prestación que se siguen denominando “de maternidad”, con el consiguiente desfase terminológico que ello supone y que, sin duda, podría haberse corregido por el legislador en numerosas ocasiones. Sin embargo, dicha corrección no se ha hecho, ya que el término “maternidad” identifica correctamente los bienes jurídicos que pretenden protegerse y la intensidad con que pretenden protegerse, aunque el derecho sea ejercitado por el padre. Pues bien, algo similar sucede en el caso del permiso por paternidad³² disfrutado por la madre adoptiva (en tanto “otro progenitor”). Aunque la denominación del permiso obedezca a la intención primigenia del legislador -dar protagonismo al padre en el cuidado del hijo-, hay que tener en cuenta que, a pesar de las variadas posibilidades descritas, en la vida real, el permiso por paternidad será disfrutado –por razones puramente estadísticas- en la mayor parte de las ocasiones, por un varón, padre biológico de un hijo recién nacido. Ahora bien, como segunda intención del legislador, insito en el permiso por paternidad, existe un mecanismo de promoción de la corresponsabilización y de asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, cualquiera que sea el tipo de relación familiar que se establezca y que habrá de materializarse adaptándolo a las características particulares de cada una de ellas ³³.

c) Cuando el permiso por paternidad se genere por el acogimiento de un menor, cabría distinguir, a su vez: el supuesto del acogimiento preadoptivo (que seguiría las mismas reglas que el supuesto de adopción), y el caso del acogimiento simple o permanente, en que podría disfrutar del permiso por paternidad el padre o la madre en las familias de

³² Aunque no hubiera estado de mas que, después de tantas versiones, la redacción final del precepto hubiera sido mas cuidadosa.

³³ Art. 44 LOI: “...*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. se reconocerán a los se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares...*”

acogida formadas por un matrimonio o pareja de heterosexuales; y, también, uno de los dos acogedores en parejas de homosexuales (varón o mujer). Si se trata de un acogimiento realizado por una persona individual, sea varón o mujer, (conforme a lo razonado) no parece que pueda negársele el disfrute del permiso por paternidad en caso de acogimiento preadoptivo, el artículo 173 del Código Civil exige a los acogedores los mismos requisitos que en la adopción, por tanto las posibilidades respecto a los eventuales beneficiarios del permiso por paternidad serían las mismas señaladas *supra* para el caso de la adopción.

4.2. Situaciones protegidas en el permiso por paternidad

En relación con el permiso por paternidad, el legislador considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo derivada de las siguientes circunstancias: nacimiento de hijo, adopción y acogimiento simple o permanente y preadoptivo.

a) El nuevo art. 48 bis de TRET, conforme a la LOI (y también el art. 133 *octies* TRLGSS) se refiere, en primer término, al **“nacimiento de hijo”** (*paternidad biológica*). Resulta llamativa la diferencia terminológica entre este precepto y los artículos 55.1. d) y 48.4 del TRET (y, también, en los arts. 133 *bis* y *ter* TRLGSS), que se refieren, respectivamente, a la “maternidad” y al “parto”. Si bien resulta claro que todos estos conceptos comparten la nota común de desenvolverse en el ámbito de la dimensión biológica de la filiación, no es menos cierto que, *a priori*, cada uno de ellos puede ser susceptible de reconocérsele un alcance distinto. En efecto, “maternidad” parece hacer referencia estricta al proceso generativo -a término o no- concluido de modo “normal” (es decir, con nacimiento de hijo vivo y desarrollo de los vínculos

relacionales materno-filiales); por su parte, el término “parto”³⁴ parece aludir, de manera más estricta, al mero hecho de la conclusión –prematura o a término- del proceso gestacional, con abstracción del resultado del mismo (lo que incluiría, asimismo, los supuestos de alumbramiento de una criatura muerta, o abortiva o, incluso, el nacimiento de hijo vivo que fallece posteriormente); por último, la expresión “nacimiento de hijo” resulta mucho más diáfana desde el punto de vista semántico, pues parece referirse, concretamente, al nacimiento de hijo vivo –al menos, en principio- que origina el desarrollo de los vínculos relacionales –en este caso- paterno-filiales.

Según esto y, por consiguiente, desde una perspectiva interpretativa estrictamente literal, podría cuestionarse la esperable simetría inicial en cuanto a las situaciones generadora del permiso por maternidad y paternidad (biológica) y por consiguiente de las respectivas prestaciones, pues, mientras aquélla da cabida a los procesos de gestación, llegados a término, con nacimiento de hijo vivo, a los casos de muerte del hijo (tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o, también, postnatal), y a los supuestos de gestación interrumpida (con duración mínima de 180 días y con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no), la suspensión por paternidad y su correspondiente prestación sólo podría entenderse procedentes en caso de nacimiento de criatura viva.

Entendemos, no obstante, que desde una interpretación teleológica y sistemática, ha de concluirse que la apuntada diferencia terminológica sólo puede ser aparente y, por tanto, carente de repercusión protectora. Y ello porque no puede perderse de vista que la finalidad del permiso y de la prestación por paternidad gravita en torno a la corresponsabilidad familiar y la conciliación de la vida personal y laboral de trabajadores y trabajadoras por lo que no sólo ha de afectar a la necesaria participación

³⁴ Utilizado en el segundo párrafo del nuevo art. 48 bis.

del padre en el cuidado del hijo, sino –también- propiciar el cuidado de la mujer púérpera (o que ha visto interrumpida su gestación ya madura) que, con mejor o peor fortuna para el producto de la gestación, ha de –igualmente- reponerse de las consecuencias físicas y psicológicas del proceso biológico generativo.

En este sentido, y si bien con las limitaciones temporales –a nuestro juicio, excesivas- impuestas por el legislador, el permiso por paternidad comprenderá la situación suspensiva originada por la paternidad biológica en los siguientes casos:

- procesos de gestación, llegados a término, cuando el hijo nace vivo, pero también en los casos de muerte del hijo (que, en ausencia de mayor concreción reglamentaria, ha de entenderse tanto intrauterina, como acaecida durante el parto o, también, posnatal);

-supuestos de gestación interrumpida ante tempus, si bien cuando hayan alcanzado una duración mínima de 180 días; tal interrupción podrá haber acaecido de modo espontáneo o natural (lo que comúnmente se conoce como “parto prematuro”) o bien por inducción (debiendo entenderse incluida aquí solamente la interrupción del embarazo realizada con finalidad terapéutica, por ser la única que puede practicarse, incluso, más allá de los primeros 180 días de gestación), con independencia de que la criatura expulsada viva y resulte viable, o no.

Por todo ello, en nuestra opinión, incluso en el caso de fallecimiento de la madre pues, aunque en tal caso la titularidad del permiso y el derecho a la prestación por maternidad corresponden al padre trabajador nada parece obstar al posible disfrute acumulado del permiso y la prestación por paternidad.

b) En lo que atañe a ***la adopción y el acogimiento familiar***, preadoptivo o permanente – aún provisionales- ha de puntualizarse que ambas instituciones (adopción y acogimiento) deberán ir referidas a menores de edad, si bien cabe distinguir entre una adopción y un acogimiento que, pudiéramos denominar, “de carácter general”, y otros,

“de carácter especial”, que afecten a menores con discapacidades o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar; en el primer caso (adopción y acogimiento familiar “generales”), la edad del adoptando o del acogido viene acotada, debiendo ser inferior a seis años; en el segundo caso (supuestos “especiales”), bastará con que el adoptado o acogido sea menor de dieciocho años (artículo 2.2, inciso segundo, RD. 1251/2001).

4.3. Duración del permiso por paternidad y modalidades de disfrute

El permiso por paternidad, de trece días ininterrumpidos³⁵, es un derecho mínimo de carácter necesario ampliable por la negociación colectiva³⁶. En caso de parto, adopción o acogimiento múltiples se incrementará en dos días adicionales por cada hijo a partir del segundo. La clara insuficiencia temporal de este permiso determina que la propia LOI incluya una previsión por la cual el Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual su duración hasta alcanzar el objetivo de extensión a cuatro semanas a los ocho años de la entrada en vigor de la Ley; lo que, en definitiva, pone de manifiesto el – todavía- largo recorrido normativo pendiente hasta lograr planteamientos legislativos de auténtica corresponsabilidad de los progenitores.

Veamos la dinámica de la extensión temporal de su disfrute en las diferentes situaciones y modalidades en que puede darse:

a) **En caso de nacimiento de hijo** -biológico se entiende-, el permiso por paternidad podrá disfrutarse desde la finalización del permiso por nacimiento, cuya duración prevista en el TRET es de dos días, ampliada hasta cuatro si el trabajador precisa desplazarse con tal motivo; o la mayor duración que pueda corresponderle por acuerdo individual o colectivo (*“..durante el período comprendido desde la finalización del*

³⁵ Pasó de ocho a trece días en la redacción del PLOI enviada al Senado el 29 de diciembre de 2006.

³⁶ Así, el art. 27 Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración del Principado de Asturias aprobado por Resolución de 22 de octubre de 2002 (*BOPA 16 noviembre 2002*).

permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente) Pudiendo realizarse el disfrute del permiso por paternidad en esta situación conforme a dos opciones:

- sin solución de continuidad, inmediatamente después del permiso por nacimiento de hijo; o bien, después de finalizado éste, y siempre antes de que termine el período de suspensión del contrato por maternidad biológica;
- inmediatamente después de finalizado el período de suspensión del contrato por maternidad biológica.

b) **En caso de adopción y acogimiento**, el disfrute del permiso por paternidad podrá extenderse a partir de *la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 ET o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión* (art. 48 bis de la LOI).

De lo expuesto cabe deducir también que el permiso por paternidad puede disfrutarse de forma simultánea o sucesiva con el permiso por maternidad

El permiso por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. Para proceder al disfrute del permiso a tiempo parcial resulta necesario (como en el caso de la maternidad) el acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado en los términos que reglamentariamente se determinarán ³⁷, respetando que la jornada parcial sea, como mínimo, de una duración equivalente al 50 por ciento de la jornada completa. Reglamentariamente se concretarán, por tanto, los términos del acuerdo de disfrute de este permiso a tiempo parcial. A la espera de tal concreción reglamentaria, parece

³⁷ Reglamentación prevista en la propia LOI en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor.

razonable interpretar, por tratarse de un permiso de corta duración. que el acuerdo deba producirse con un tiempo razonable de antelación (en la terminología de la LOI “...con la debida antelación”): o, a lo sumo, en el momento en que pretenda iniciarse, de modo que se cause el menor trastorno posible al empresario. Lógicamente, en caso de disfrute a tiempo parcial la duración del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice. El disfrute lógicamente será también ininterrumpido en el caso de permiso a tiempo parcial, a pesar de que nada diga la LOI al respecto.

Cabría interrogarse como quedaría el disfrute del permiso a tiempo parcial en el caso de no lograrse el acuerdo con el empresario. En primer lugar, habría de estarse a lo prevenido en la negociación colectiva en esta materia aunque, de no existir previsión convencional al respecto, se dificulta la solución del problema. La LOI abre una nueva posibilidad en caso de conflicto entre el trabajador que pretende disfrutar de la modalidad a tiempo parcial y los intereses organizativos y productivos del empleador: así, la DA. undécima, en su número veinte, añade una nueva DA décimo séptima al TRET, a la que –entendemos- cabrá reconducir este tipo de conflictos, por tratarse de una *discrepancia en materia de conciliación*, en los siguientes términos: “*Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.*».

4.4. Previsión expresa de mantenimiento de las condiciones de trabajo de quienes disfrutan del permiso por paternidad

La consecución de la igualdad de trato entre hombres y mujeres precisa del mantenimiento de las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores y trabajadoras que ejercitan sus responsabilidades familiares; o, dicho de otro modo, la igualdad de oportunidades se sustenta en la prohibición de discriminación por el

ejercicio de dichas responsabilidades. El reconocimiento de un derecho como el permiso por paternidad, de carácter voluntario, que abre a los trabajadores nuevas posibilidades para compatibilizar el trabajo y la vida familiar, de nada serviría, sino llevara aparejados mecanismos de garantía que eviten los perjuicios derivados de su disfrute³⁸.

La exigencias de igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares ampliamente reconocidas en el derecho comunitario y plasmadas en la doctrina del TJCE en relación con el permiso por maternidad resultan, en gran parte, extensibles al nuevo permiso por paternidad como queda reflejado en las dos directivas comunitarias que lo regulan.(Las Directivas 2002/73/CE y 2006/54/CE).

La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo señala en su art. 2.7 que los Estados miembros que reconozcan el derecho al permiso por paternidad garantizarán que al término de dicho permiso los trabajadores tengan derecho a beneficiarse de cualquier mejora que hubiera podido corresponderles durante su ausencia Otorgando así a quienes disfrutan de un permiso por paternidad una protección similar a la prevista para las trabajadoras para el permiso por maternidad Recientemente, también la Directiva 2006/54 regula el permiso por paternidad en términos prácticamente idénticos a los establecidos en la Directiva 2002/73, que inciden en configurar del modo descrito el alcance de esta figura. Dichas exigencias encontrarán una cierta respuesta del legislador por lo que se refiere al permiso por paternidad en algunas nuevas previsiones contenidas al respecto en la LOI; como

³⁸ En un estudio de opinión sobre el permiso por paternidad que está finalizándose en el momento presente, realizado de forma simultánea a la aprobación de la Ley de Igualdad en la Comunidad de Madrid por la empresa SIGMA DOS, por encargo de la Dirección General de la Mujer de la Consejería de Empleo y Mujer de la CAM y dirigido por el profesor J.N. Ramírez Sobrino y las profesoras Núñez-Cortés y Garrigues Giménez en el que se han realizado ochocientas encuestas, a modo de entrevista personal, a padres y madres residentes en la Comunidad de Madrid con hijos menores de ocho años (si son biológicos) o menores de doce (si son adoptivos); los primeros resultados analizados arrojan que el 91.7% de los encuestados son o muy favorables o favorables a la opinión de que la principal razón para que los trabajadores no disfruten del permiso por paternidad es el temor al reproche de la empresa. Y también el 82, 8% se muestra favorable a la opinión de que si el permiso es voluntario apenas será disfrutado por los trabajadores.

veremos a continuación. A través de estas previsiones ha de considerarse efectuada la trasposición, en este concreto aspecto, de las Directivas 2002/73 y también, digamos que con carácter inmediato, la Directiva 2006/54 del pasado 5 de julio de 2006.

Así pues, con carácter genérico, el art. 44 LOI se erige en mecanismo de salvaguarda para preservar la igualdad en las condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan sus responsabilidades familiares señalando que “...*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.*”

Y, específicamente, para el permiso por paternidad, la nueva previsión contenida en el último párrafo del artículo 48.4 del TRET: “*Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como los previstos en el siguiente apartado³⁹ y en el artículo 48 bis.(permiso por paternidad)...*». Esta previsión supone un expreso reconocimiento de que el disfrute del permiso por paternidad no puede suponer un trato desfavorable para los trabajadores en lo relativo a sus condiciones de trabajo, incluida la retribución, en el sentido de acarrear la pérdida de derechos (antigüedad, promoción...), pérdida de retribución (aumento salarial, acceso a un grado retributivo superior, obtención de una gratificación, etc..) ⁴⁰; de manera que los trabajadores/as obtendrán durante el disfrute del permiso por paternidad, y no solo en relación con la acumulación del tiempo de trabajo, similares beneficios a los que tendrían de encontrarse en activo.

³⁹ Art. 48.5 del TRET que regula la suspensión por riesgo durante le embarazo y la nueva suspensión por riesgo durante la lactancia natural..

⁴⁰ Equiparando expresamente el nuevo párrafo final del art. 48.4 TRET, en este concreto aspecto, el permiso por paternidad con el de maternidad y con la suspensión por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (nuevo apartado 48.5 del TRET).

Sin embargo, respecto al mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones, cuando las mismas coinciden con el permiso por paternidad, la LOI ha omitido cualquier previsión sobre compatibilidad de ambos derechos para los trabajadores por cuenta ajena. Mientras que sí ha reconocido dicha posibilidad a los empleados públicos, quienes tendrán derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta cuando coincidan con el disfrute del permiso por paternidad, aunque haya terminado el año natural al que correspondan⁴¹. Esta última solución es la expresamente prevista, también, para los trabajadores por cuenta ajena, en relación al permiso por maternidad (y otras situaciones conectadas con el hecho biológico de la maternidad⁴²) y el disfrute de las vacaciones (en un nuevo párrafo segundo del apartado 3 del artículo 38 del TRET.) La omisión, en este precepto del TRET, del permiso por paternidad, entre las situaciones compatibles con el disfrute de las vacaciones, puede justificarse por el carácter mínimo de la norma (ampliable, por tanto por negociación colectiva) que deja al margen de dicha compatibilidad no sólo al permiso por paternidad, sino también a situaciones como la suspensión por riesgo durante el embarazo y las suspensión por riesgo durante la lactancia natural, directamente relacionadas con la vertiente fisiológica de la maternidad y, a pesar de ello, excluidas..

Además, y respecto a la igualdad de las condiciones de trabajo, incluida la retribución de quienes disfrutan del permiso por paternidad, la nueva LOI contiene otra previsión complementaria de las anteriores, a través de la que se protege la integridad en la cuantía de la indemnización por despido de quienes antes de ser despedidos hubieran disfrutado del permiso por paternidad a tiempo parcial, con la consiguiente reducción de su salario. Se establece que, a estos efectos, sea tomado en consideración el salario anterior a la reducción de la jornada: en los siguientes términos: “...*el salario*

⁴¹ Art. 59 de la LOI.

⁴² Incapacidad temporal derivada del parto o la lactancia natural .

a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.”. La protección prevista en este caso alcanza también a los supuestos del permiso por maternidad comprendidos en el art. 48.4 TRET (maternidad biológica, adopción y acogimiento), pero no a los del 48.5 (riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural).

Similar solución venía siendo dada, a pesar del vacío normativo al respecto, por el TS en Sentencia (dictada en Recurso de Casación para Unificación de Doctrina) de 11 de diciembre de 2001⁴³, en un supuesto de despido improcedente, acaecido con posterioridad al disfrute de una reducción de jornada por guarda legal⁴⁴. Sin embargo, en otras muchas ocasiones, nuestros Tribunales, en aplicación de la normativa vigente, insuficiente en la materia, habían desestimado las pretensiones de las trabajadoras que ejercitaron una reducción de jornada por guarda legal de un menor, e inmediatamente vieron extinguidos sus contratos de trabajo, y, a causa de dicha reducción, cobraron una prestación por desempleo inferior *ex art. 211 TRLGSS* a la que les hubiera correspondido de no reducir su jornada por motivos familiares⁴⁵. Dicha prestación por desempleo podría entenderse como retribución en el sentido de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y debería, por tanto, mantenerse, para garantizar la integridad de las condiciones de trabajo de los trabajadores que

⁴³ RJ 2002/2025.

⁴⁴ Estima el Alto Tribunal que la reducción de jornada no supone sino una alteración transitoria de la relación, que antes y después, tuvo y tendrá las consecuencias inherentes a la prestación de jornada completa. Del disfrute de tal derecho no puede seguirse por el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, y por ello, ha de calcularse la indemnización en este caso tomando en cuenta la remuneración de la trabajadora anterior al disfrute de la reducción de la jornada.

⁴⁵En Sala General, en fecha 2 de noviembre del 2004 (RJ 2005, 1053), 23 de noviembre del 2004 (RJ 2004/7655), modificadoras del inicial criterio que había mantenido el alto Tribunal en Sentencia de 6 de abril del 2004 (RJ 2004/5909).

ejercitan sus responsabilidades familiares. En esta materia resulta -una vez más- decisivo el papel de la jurisprudencia del TJCE, que ha realizado una interpretación extensiva de los conceptos de retribución e igualdad retributiva por razón de sexo, que, poco a poco, van calando en nuestros Tribunales, llevándolos prácticamente, a cualquier percepción que tenga conexión con el trabajo, inclusive las prestaciones de seguridad social. Tras dicha interpretación extensiva del concepto de retribución, subyace la intención de garantizar su percepción cuando las trabajadoras se encuentren ejercitando sus responsabilidades familiares.

4.5. Estabilidad en el empleo y permiso por paternidad

De nada serviría, por tanto, el reconocimiento de un derecho de carácter voluntario al disfrute del permiso por paternidad si su reconocimiento no llevase aparejada la extensión a este nuevo supuesto de ejercicio de las responsabilidades familiares de la garantía de nulidad descrita para el despido disciplinario y la extinción por causas objetivas. Qué duda cabe que el momento de la reincorporación tras su disfrute es también delicado para la estabilidad en el empleo de los trabajadores como en el caso del permiso por maternidad. Y, por ello, la nueva LOI ha incluido (entre las situaciones protegidas con la garantía de la presunción de nulidad del despido y la extinción por causas objetivas) los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el momento posterior a su disfrute, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo; y ello, obviamente, a salvo de que se declare la procedencia de la decisión extintiva o del despido por motivos distintos. Estos nuevos supuestos quedarán comprendidos en los arts. 53.4 y 55.5 TRET y 108.2 y 122.2 LPL. Con estas previsiones, la LOI efectúa, en

este concreto aspecto, la transposición de la Directiva 2006/54, de 5 julio, en relación con la figura del permiso por paternidad.