

# **CAPÍTULO XII. ¿HACIA LA EQUIPARACIÓN DE LOS PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD?**

ENEAS ISPIZUA DORNA

*Personal investigador Universidad del País Vasco/EHU*

## **I. INTRODUCCIÓN**

El permiso de maternidad vio la luz en Alemania, a finales del siglo XIX. Sin embargo, con la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, se empezó a plantear si el cuidado de los hijos debía ser sólo de las madres y entonces, empezaron a surgir los primeros permisos de paternidad. No obstante, y como ocurre en la actualidad, aún siguen las madres disfrutando del permiso de maternidad mayoritariamente.

Centrándonos en España, en 2007 con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, por la igualdad efectiva de hombres y mujeres se incluyó por primera vez el permiso de paternidad como medida de apoyo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Este permiso se unió al permiso retribuido por la empresa de 2 días en caso de nacimiento por hijo/a reconocido por el Estatuto de los Trabajadores. Unos años más tarde, concretamente en 2009, con la Ley 9/2009, el permiso de paternidad se amplió a cuatro semanas por nacimiento de un hijo y posteriormente, este mismo año se ha ampliado a cinco semanas. No obstante, el permiso de maternidad sigue en 16 semanas, por lo que dicha reforma perpetúa un modelo en el que la responsabilidad de las cargas familiares sigue recayendo mayoritariamente sobre las mujeres, con las consecuencias que produce esto sobre la igualdad en el mercado laboral.

Ante esta realidad, con esta comunicación se pretende analizar en primer lugar, cuáles son los requisitos legales de los permisos de maternidad y paternidad que existen actualmente en España. En segundo lugar, veremos los datos estadísticos del estado de la cuestión. Asimismo, estudiaremos los pronunciamientos jurisprudenciales más novedosas en la materia de la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad y finalmente, pasaremos a analizar la futura Ley de Empleo Público vasco que incorporará novedades en esta materia. Esta Ley pretende equiparar la duración de los permisos para mujeres y para hombres con el propósito de corregir el desequilibrio que supone el reparto desigual de tareas de cuidado de hijos e hijas. Sin embargo, parece ser un reto importante para el Gobierno Vasco, dado que no existe aún en ninguna otra comunidad autónoma, ni tampoco en el régimen público de función pública del Estado, pero sí por el contrario en los países nórdicos de la Unión Europea.

## **II. PERMISOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN ESPAÑA**

Hasta el año 1900, la legislación únicamente regulaba el trabajo que realizaba la mujer conjuntamente con la regulación de los niños menores. Esto es, existía una Ley, concretamente la denominada Benot que prohibía que los niños menores de 10 años trabajasen en fábricas, talleres, fundiciones o minas. Esta norma, aunque recogiese disposiciones sobre las mujeres y niños, mayoritariamente legislabo a favor de los niños, realizando una regulación escasa de las mujeres. Así, es en 1900 cuando se aprobó la Ley de 13 de marzo 1900 sobre el trabajo de las mujeres y niños en los establecimientos industriales y mercantiles, cuando se regularon los derechos de la mujer con más concreción. A través de esta Ley, que fue el origen de la protección de la maternidad en España, se reconoció entre otros, la prohibición de que la mujer trabajara las tres semanas inmediatamente posteriores al parto, la posibilidad de pedir una baja antes del parto, la reserva del puesto de trabajo

durante su ausencia por causa de embarazo y parto, y el derecho a la lactancia, concretamente una hora de permiso retribuido con la posibilidad de repartirlo en dos períodos, cada una en media hora<sup>1</sup>. Esta primera ley también prohibió el desempeño de las actividades laborales peligrosas para la salud de la mujer, como por ejemplo el trabajo nocturno, actividades pesadas y tóxicas...<sup>2</sup>. Esta Ley fue desarrollada por el Reglamento de aplicación del 13 de noviembre de 1900 y fue la que amplió las disposiciones de la ley y aclaró algunos puntos confusos de la misma. Entre los supuestos que reguló este reglamento están los siguientes<sup>3</sup>:

- Estableció la posibilidad de que las mujeres en su mes octavo de embarazo solicitasen el descanso obligatorio por parto.
- La mujer, después del parto tenía la posibilidad de solicitar la ampliación del descanso en 4 semanas más, siempre y cuando el médico certificase que la mujer no estaba en condiciones de incorporarse aún al trabajo.
- Este Reglamento de desarrollo también posibilitó que el período de lactancia de una hora se dividiese en cuatro períodos de 15 minutos cada uno, siempre y cuando pudieran acercar el bebé al lugar de trabajo de la madre.
- Además, posibilitaba a la madre la ampliación del período de lactancia, pero descontándolo del salario de la madre.

Se puede decir que esta primera Ley no tenía un carácter de protección social, debido a que no recogía ninguna prestación económica ni salario para la trabajadora o su familia durante el período de descanso obligatorio. Asimismo, tampoco se le ofrecía una asistencia médica. Por lo tanto, este descanso obligatorio constituía un deterioro en los ingresos económicos de la mujer, que ya de por sí eran precarios y, en consecuencia, no era suficiente ni mucho menos esta regulación para poder avanzar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. De hecho, daba lugar a que muchas mujeres se veían forzadas a trabajar los días inmediatamente anteriores o posteriores al parto.

Es en la época de la II. República, cuando se aprueba un nuevo marco jurídico con la creación del seguro social obligatorio de maternidad, a través de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley de 21 de marzo de 1929, y su correspondiente Reglamento de desarrollo de 21 de enero de 1930. Fue este nuevo marco jurídico el verdadero antecedente de la baja de maternidad que actualmente tenemos, dado que reguló por primera vez el descanso obligatorio retribuido tras el parto de las mujeres. El origen de esta nueva regulación en España se remonta a la Conferencia Internacional del Trabajo que fue celebrada en Washington el 29 de octubre de 1919. En esta conferencia se aprobó la ampliación de los derechos de la madre trabajadora y España asumió algunas obligaciones y compromisos que posteriormente fueron desarrollados a través de este nuevo marco jurídico. Sin embargo, la realidad social aún seguía siendo la misma que en años anteriores, donde la función principal de la mujer seguía siendo la de ser madre y esposa. Así, lo han constatado varias autoras como por ejemplo en las siguientes palabras que expresó Molina Gonzalez-Pumariega<sup>4</sup>:

*“A pesar, por tanto, del aparente espíritu más abierto y permisivo que se respiraba en las normas republicanas, tal legislación no dejaba de estar teñida de aires moralistas y paternalistas...supuestamente protectores, entre otras razones por la difícil situación que atravesaba el mercado de trabajo en los años treinta, que impedía la libre concurrencia de mujeres para evitar mayor desempleo que el ya grave existente”.*

<sup>1</sup> ROMERO MARTÍN, E., “La protección de la maternidad y las políticas de igualdad”, 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10491-la-proteccion-de-la-maternidad-y-las-politicas-de-igualdad/> (Consultado: 13/07/2018).

<sup>2</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, N., “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pg. 190.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pg. 192.

<sup>4</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pg.77.

Según este nuevo marco jurídico, para que una mujer pudiese acceder a este descanso obligatorio retribuido debía cumplir dos requisitos: por un lado, debía tener la condición de asalariada trabajadora y estar afiliada al Retiro Obrero y, por otro lado, tener una edad comprendida entre los dieciséis y cincuenta años. No obstante, la condición de asalariada trabajadora en esa época tenían muy pocas mujeres, debido a que muchas se dedicaban al servicio doméstico, las cuales quedaban excluidas de esta regulación. Adicionalmente a las condiciones mencionadas, se exigían otras condiciones como, por ejemplo, no superar el límite de 4000 pesetas de remuneración anual, haber contribuido al menos dieciocho meses, y haber sido reconocido por un médico especializado. Una vez cumplidos estos requisitos, ¿qué derechos se le otorgaban a la mujer embarazada? El seguro obligatorio por maternidad reconocía los siguientes:

- Asistencia médica gratuita y asistencia farmacéutica durante el embarazo, el parto y el descanso obligatorio.
- Prestación económica durante las seis semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto.
- Derecho a la utilización gratuita de las instituciones de protección a la maternidad y a la infancia como los comedores de madres lactantes, salas de partos, guarderías...
- Con el objetivo de mejorar la alimentación de las madres, se reconoció un subsidio por lactancia de los hijos que consistía en cinco pesetas por semana por cada hijo/a, con un máximo de diez semanas.
- Se reconocía una remuneración extraordinaria en casos especiales como enfermedad persistente del hijo/a una vez pasados los seis meses de descanso obligatorio.

Después de los tímidos avances de la II. República en esta materia, llegó el régimen franquista y derogó la regulación sobre maternidad. Por lo tanto, en esta época se vuelve a la figura tradicional de la madre, consistente en la esposa ideal. En consecuencia, toda la legislación aprobada se basaba en la autoridad del varón y la mujer únicamente podía entrar en el mercado laboral, cuando existía una necesidad económica y no había un varón para que pudiese ser el cabeza de familia<sup>5</sup>. Esta idea fue aún reforzada con mayor intensidad con la aprobación de la Ley de 18 de julio de 1938, sobre el Subsidio Familiar Obligatorio. En este sentido, se aprobaron unas prestaciones económicas destinadas a ayudar al varón cabeza de familia que debía sostener una familia extensa. Con esto se pretendía evitar que la mujer se viese con la necesidad de trabajar. No fue la única Ley que pretendía vetar a las mujeres introducirse en el mercado laboral, dado que, por ejemplo, la Orden de 27 de septiembre de 1939, limitó la promoción profesional de las mujeres. Además, la Ley de 16 de octubre de 1942 de Reglamentaciones de Trabajo, permitió que algunas reglamentaciones regulasen la excedencia forzosa de las mujeres nada más casarse. Este mismo año, se aprobó la Ley de Seguro Obligatorio de Enfermedad, y se incorporó en ella la prestación de maternidad y así, se blindó una protección análoga a la maternidad con respecto a la Incapacidad Laboral Transitoria, lo que suponía tener que demostrar requisitos de acceso más duros que los exigidos para la enfermedad común. Más tarde, con la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, se estableció la necesidad de la autorización del marido para que la mujer casada pudiese trabajar.

Hasta los años 60 predominó la misma ideología comentada, pero en la década de los 60 empezaron a surgir cambios económicos y sociales. Así, se aprobó la Ley 56/1961, de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, desarrolladas por el Decreto 258/1962 y por el Decreto 2310/1970, con los que se intentó equiparar a la mujer con el hombre en ciertos aspectos laborales. En aspectos de protección a la maternidad debemos remontarnos a la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, donde encontramos la regulación de un descanso de al menos seis semanas antes del parto, un descanso de 8 semanas después del parto e incorporó la posibilidad de reducciones de jornada (sustitución del permiso retribuido de lactancia por una

<sup>5</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, N., "De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado", Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pg. 198.

reducción de jornada de media hora y reducción de jornada de trabajo por cuidado directo de menores de seis años o discapacitados a cargo)<sup>6</sup>.

Con la finalización del régimen franquista y la aprobación de la Constitución Española de 1978, se incorporó en este último texto el principio de igualdad como derecho fundamental. Además, debemos remitirnos a varias disposiciones de la Constitución, como por ejemplo al artículo 41, donde se recoge un mandato a los poderes públicos para que mantengan un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Este artículo hace mención a todos los ciudadanos por lo que la maternidad debe entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición. Asimismo, otro artículo del mismo texto, concretamente el art.39.2. recoge que *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil...”*. Por tanto, hace mención especial a la protección de las madres. Tampoco debemos olvidar el artículo 14 CE en esta materia, dado que reconoce el derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo que hemos mencionado anteriormente y relacionado con éste, el art.35 CE, donde se prohíbe la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral.

Estas disposiciones constitucionales tuvieron su desarrollo a través de varias normas. Así, en 1980, con la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, se inició una tendencia modernizadora respecto a esta materia. Esta tónica tuvo reflejo en la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplió a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecieron medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; y en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La primera norma, es decir, el Estatuto de los Trabajadores, reconoció el derecho de suspensión del contrato de trabajo por la maternidad de la trabajadora por un periodo de catorce semanas que fue posteriormente ampliado a dieciséis semanas. Posteriormente, la Ley 39/1999, introdujo algunas mejoras como, por ejemplo, flexibilizó el uso del permiso y posibilitó el disfrute de la maternidad a tiempo parcial. Por tanto, se dejaba la posibilidad de que la madre pudiese cederle al padre parte del permiso de maternidad, siempre y cuando no fuesen las primeras seis semanas posteriores al parto. En 2007, con la Ley 3/2007, 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 este sentido, se reconoció el permiso de paternidad por nacimiento de hijo de disfrute intransferible<sup>7</sup>.

Actualmente la regulación española, ¿qué derechos reconoce? El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 48.4 establece que *“En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto...”*. Este artículo aún sólo hace referencia a la titularidad de la madre trabajadora de dicho permiso. El padre únicamente tendrá derecho de disfrute según dicha disposición, cuando la madre así lo decida. No obstante, tras la aprobación de la Ley 3/2007, se incorporó en los artículos 45.d) y 48.4.bis del Estatuto de los Trabajadores la paternidad, que ha sufrido modificaciones que trataremos posteriormente. En este apartado debemos remitirnos también al Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La regulación jurídica del permiso de maternidad, concretamente se encuentra en el Capítulo VI. Los aspectos más destacables de dicha regulación son los siguientes: se trata de un descanso o suspensión del contrato de 16 semanas ininterrumpidas, donde se percibe un subsidio que alcanza el 100 % de la base reguladora. Esta base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Según el art.178 de la Ley General de la Seguridad Social, la beneficiaria deberá acreditar que cumple con los siguientes requisitos:

<sup>6</sup> *Ibid.*, pg. 200-201.

<sup>7</sup> PÉREZ CAMPOS, A.I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pg.174-176.

- Encontrarse afiliado y en alta o en situación asimilada en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.
- Acreditar un período de cotización según la edad del beneficiario a la fecha del parto, adopción o acogimiento. Si es menor de 21 años no se exige periodo alguno. Entre 21 y 26 años: 90 días dentro de los 7 años anteriores al inicio del descanso, o 180 días en toda la vida laboral. A partir de los 26 años: 180 días dentro de los siete años anteriores al momento de inicio del descanso o 360 días en toda la vida laboral.

Estos requisitos mencionados son para poder tener derecho al subsidio de maternidad. Sin embargo, para poder tener derecho a la paternidad debemos acudir al artículo 183 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social y al artículo 48.7 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores recoge que *“En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cinco semanas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo...”*. Estas cinco semanas de permiso han sido incorporados a partir del 5 de julio de 2018, ya que hasta entonces consistía en cuatro semanas. La prestación consiste al igual que en la maternidad, en un subsidio del 100 % de la base reguladora y el beneficiario debe cumplir los requisitos recogidos en el artículo 184 de la LGSS: *“...acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”*. Como se ha podido observar, se ha producido un aumento de una semana de permiso de paternidad, pero aún queda lejos de la igualdad real entre hombres y mujeres, donde las mujeres siguen teniendo 16 semanas de permiso frente a los hombres que tienen 5 semanas.

Además de estas dos prestaciones, la Ley General de la Seguridad Social reconoce igualmente otras dos prestaciones en casos de riesgo durante el embarazo o lactancia natural. Se otorga esta protección cuando el puesto de trabajo que desempeña la mujer embarazada, contiene tareas o funciones que provocan riesgos para el embarazo o lactancia natural, sin que sea viable el cambio de puesto de trabajo por otro compatible<sup>8</sup>. Según el artículo 187.3 de la Ley General de la Seguridad Social, la prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente. La base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Estas prestaciones se extinguen en el caso de riesgo durante el embarazo por el inicio del descanso maternal, y en el caso de riesgo por lactancia natural por cumplir el hijo 9 meses de edad, o por la interrupción de la lactancia.

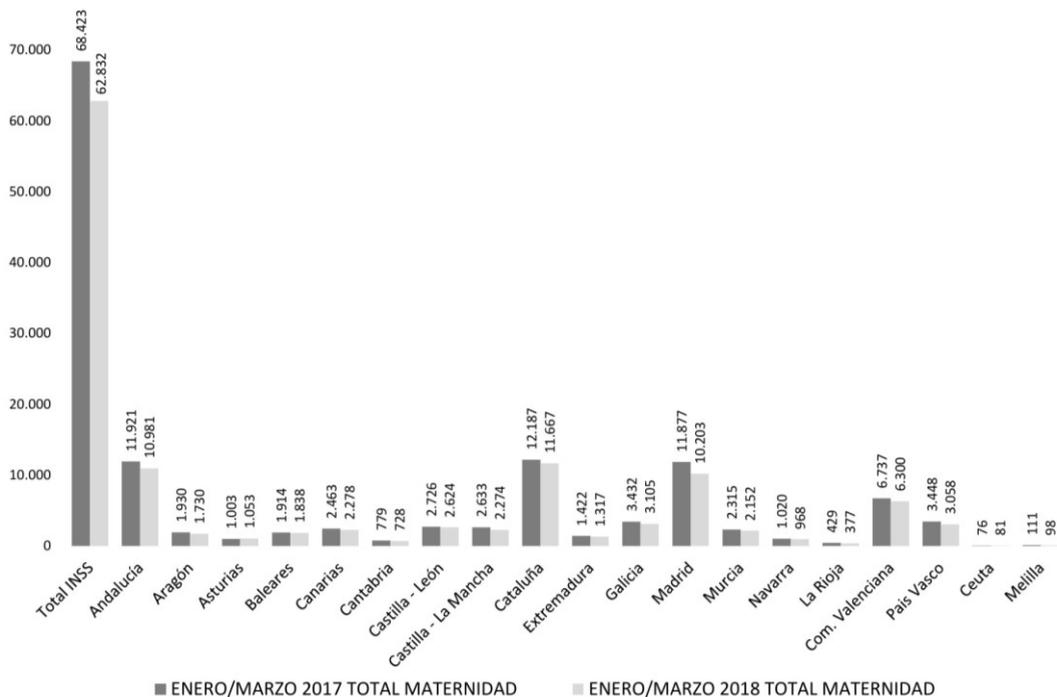
En resumen, hemos podido constatar a través de este apartado, la evolución que han sufrido tanto el permiso de maternidad como el permiso de paternidad y las medidas adoptadas para poder conciliar la vida personal, familiar y laboral. A pesar de que se han efectuado políticas para avanzar en esta materia, aún estamos lejos de alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres respecto a los cuidados familiares.

### III. ANÁLISIS DE DATOS ESTADÍSTICOS

En este apartado trataremos de analizar los datos estadísticos facilitados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social sobre las prestaciones de maternidad y paternidad. Nos centraremos en los últimos datos que proporciona el Ministerio que son del primer trimestre de 2018 (enero-marzo 2018). Asimismo, veremos la evolución que han sufrido estas prestaciones respecto al primer trimestre de 2017 (enero-marzo 2017). En el siguiente gráfico podemos observar los permisos de maternidad que fueron disfrutadas por las mujeres embarazadas tanto en el primer trimestre del 2017 como el primer trimestre del 2018.

<sup>8</sup> ROMERO MARTÍN, E., “La protección de la maternidad y las políticas de igualdad”, 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10491-la-proteccion-de-la-maternidad-y-las-politicas-de-igualdad/> (Consultado: 13/07/2018).

Permisos de Maternidad



Fuente: elaboración propia

Según podemos ver en el gráfico, en general, han disminuido los permisos de maternidad, dado que, en el primer trimestre del 2017, las mujeres embarazadas que disfrutaron de la maternidad fueron 68.423, mientras que en el mismo período del año 2018 han sido 62.832. Si nos fijamos ahora en las Comunidades Autónomas, podemos destacar esta tendencia de bajada en la mayoría de ellas, excepto en las comunidades autónomas de Asturias y Ceuta, donde al contrario han incrementado. Sin embargo, las comunidades autónomas que más procesos han tendido, han sido Andalucía, Cataluña, Madrid y la Comunidad Valenciana. Esto obviamente, también se ha reflejado en el gasto de dichas comunidades autónomas. El gasto total de la Seguridad Social en esta prestación por maternidad en el primer trimestre del 2018, ha superado los 363.624.870 euros. De esta cifra total, le corresponde a Andalucía algo más de 53.413.582 euros, a Cataluña 71.379.309,75 euros, a Madrid 70.264.033,33 euros y a la Comunidad Valenciana 33.821.312,02 euros. En el lado opuesto, esto es, las Comunidades Autónomas que menos procesos de permisos de maternidad han tenido en el primer trimestre del 2018 han sido Ceuta, Melilla y La Rioja. Obviamente la densidad de la población que hay en cada comunidad autónoma afecta a dichas prestaciones.

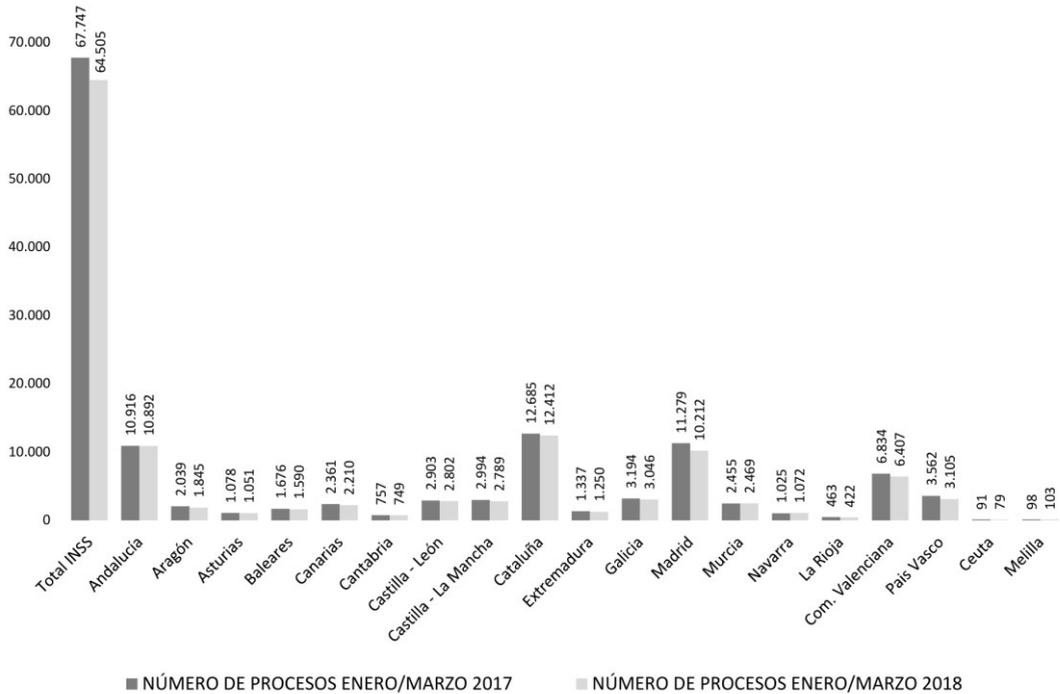
Como se ha comentado en el punto anterior, el padre puede disfrutar del tiempo cedido por la madre al mismo tiempo que ella o a continuación, excepto en las seis primeras semanas del descanso obligatorio para la madre en caso de parto natural. En el primer trimestre del 2018, de la totalidad de prestaciones de maternidad que se han concedido únicamente 1.099 padres han sido los que han percibido, en consecuencia, de la cesión de la madre (del total de 62.832). En el siguiente cuadro podemos ver los procesos de maternidad que finalmente han percibido las madres y los padres por comunidades autónomas:

	ENERO/MARZO 2018		
	TOTAL MATERNIDAD	PROCESOS PERCIBIDOS MADRE	PROCESOS PERCIBIDOS PADRE
<b>Total INSS</b>	<b>62.832</b>	<b>61.733</b>	<b>1.099</b>
Andalucía	10.981	10.850	131
Aragón	1.730	1.696	34
Asturias	1.053	1.026	27
Baleares	1.838	1.807	31
Canarias	2.278	2.236	42
Cantabria	728	703	25
Castilla - León	2.624	2.576	48
Castilla - La Mancha	2.274	2.250	24
Cataluña	11.667	11.477	190
Extremadura	1.317	1.298	19
Galicia	3.105	3.039	66
Madrid	10.203	10.034	169
Murcia	2.152	2.137	15
Navarra	968	937	31
La Rioja	377	366	11
Com. Valenciana	6.300	6.210	90
País Vasco	3.058	2.915	143
Ceuta	81	80	1
Melilla	98	96	2

Fuente: datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

En cuanto al permiso de paternidad, es independiente del de la madre y compatible con el disfrute compartido del permiso de maternidad, cuando es cedido por la madre como hemos podido constatar. En los datos estadísticos que posteriormente analizaremos se refleja el permiso de paternidad cuando aún consistía en cuatro semanas y no en las cinco semanas que supone en la actualidad a partir de este mes de julio de 2018.

Permisos de Paternidad



El número de procesos por paternidad entre enero y marzo de 2018 ha sido de 64.505 frente a los 67.747 del mismo periodo en el 2017, lo que supone un 4,79 % menos. No obstante, el coste ha sido cerca de 102 millones de euros en el año 2018, lo que supone un 28,01 % más que en 2017. El mayor número de procesos por permisos de paternidad se han registrado como se observa en el gráfico, en Cataluña (con 12.412 procesos en el primer trimestre del 2018 y 12.685 procesos en el mismo período del 2017), en Andalucía (con 10.892 procesos en 2018 y 10.916 procesos en 2017), en Madrid (con 10.212 procesos en 2018 y 11.279 procesos en 2017), en la Comunidad Valenciana (con 6.407 procesos en 2018 y 6.834 en 2017) y en el País Vasco (con 3.105 procesos en 2018 y 3.562 en 2017). En todas estas comunidades autónomas, la tendencia ha sido de bajada respecto al año 2017.

Respecto al gasto total destinado tanto a la prestación de maternidad como de paternidad debemos destacar los siguientes datos

	Gasto paternidad		Gasto maternidad	
	Enero/Marzo 2017	Enero/Marzo 2018	Enero/Marzo 2017	Enero/Marzo 2018
Total INSS	79.626.250,08	101.928.339,96	360.196.038,04	363.624.870,32

Fuente: elaboración propia

En la tabla anterior podemos observar que el gasto total destinado a las dos prestaciones ha sufrido un aumento, siendo mayor esta diferencia de subida entre el 2017 a 2018 en el caso de la paternidad (una variación del 28,01 % en la prestación de paternidad frente al 0,95 % de la prestación de maternidad). El 1 de enero del 2017 entró en vigor la ampliación de la baja de paternidad de dos a cuatro semanas y esto se refleja en los datos, a diferencia del aumento a cinco semanas que se ha producido en julio de 2018. Algunos expertos temían que se produjese un descenso del gasto de la prestación de paternidad, debido a que pensaban que los trabajadores no iban a pedir el permiso por miedo de represalias en sus empresas y por perder oportunidades de promoción. No obstante, los datos de la tabla demuestran que no ha sido así, dado que el presupuesto destinado a la prestación de

paternidad ha subido respecto al 2017 en un 28.01 %. Si se sigue dicha tendencia, en los próximos datos estadísticos que proporcione el Ministerio, debido al aumento de la duración de paternidad de cuatro a cinco semanas, subirá también el gasto que destine el Gobierno a la prestación de paternidad.

#### IV. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES MÁS RELEVANTES

En esta sección, vamos a centrarnos en estudiar los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes y relevantes de la materia de la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad. En primer lugar, vamos a analizar dos sentencias de dos Tribunales de Justicia, en concreto, la sentencia 12376/2017, de 22 de noviembre de 2017, dictada por el Tribunal de Justicia de Madrid y la sentencia 144/2017, de 2 de febrero de 2017, dictada por el Tribunal de Justicia de Navarra. Ambas sentencias desestiman los recursos interpuestos por unos padres que alegaban discriminación entre hombres y mujeres.

En la primera sentencia mencionada (STSJ de Madrid, nº 12376/2017), se alega que la legislación actual ocasiona que sigan siendo las mujeres quienes se ocupen de los cuidados de los hijos/as y esto ocasiona desigual acceso y permanencia en el mercado laboral y, en consecuencia, no reduce la brecha salarial. Asimismo, se hace mención a que la duración mayor del permiso de paternidad provocaría un disfrute efectivo por parte de los padres de más tiempo de cuidado de los menores. Para fundamentar dichos argumentos se basa en la incorrecta aplicación de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, de la Directiva 2006/54/UE de igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, de la Carta europea de derechos fundamentales y de la jurisprudencia europea sobre el principio de igualdad de trato. Ante estos argumentos de los recurrentes, el Tribunal de Justicia explica que el padre no es excluido en ningún momento en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, al dejarle la opción de disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. En consecuencia, menciona que el dar el derecho de opción a la madre no es discriminatorio por razón de sexo, sino por causas naturales distintas de aquél, pero materialmente existentes. Asimismo, hace mención a la sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de diciembre, donde se expresaba lo siguiente: *“situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida...es claro que la paternidad y la maternidad no son realidades equivalentes y las diferencias entre una y otra pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones...”*. En resumen, el Tribunal de Justicia desestima el recurso alegando que el legislador puede establecer diferencias de trato, en este caso dando la opción a la madre, que no son arbitrarias ni carentes de fundamento. El Tribunal no considera que la maternidad y paternidad sean realidades equivalentes.

En este mismo sentido, en la segunda sentencia mencionada, es decir, en la STSJ de Navarra nº 144/2017, se resuelve un recurso interpuesto por otro padre con la finalidad de que se le reconozca la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad. Los argumentos en los que se basa el recurso principalmente son los mismos que en la sentencia anterior y que la prestación de maternidad y paternidad se tratan de derechos de conciliación y no en medidas de protección. En esta sentencia, al igual que en la anterior desestima el recurso, argumentando lo siguiente: *“...los argumentos del recurso lo son de lege ferenda, y deben en su caso servir para instar un debate social, o debatir en propuesta normativa y parlamentaria las correspondientes modificaciones legislativas, pero no son procedentes en este momento, pues estando clara la normativa, y establecida jurisdiccionalmente su constitucionalidad, la Sala debe atenerse a la aplicación del derecho vigente. Y en este punto es claro que el principio de igualdad y no discriminación, no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art.14 CE, y es lícito y aún conveniente establecer diferencias entre el hombre y la mujer en la regulación de los permisos de paternidad y maternidad”*.

Además de las sentencias anteriores, debemos destacar otras dos sentencias relevantes anteriores: el asunto C-104/09, del 30 de septiembre de 2010, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la sentencia nº 75/2011, de 19 de mayo de 2011, del Tribunal Constitucional.

En la primera de ellas, se resuelve una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de varios artículos de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. El litigio principal que se resuelve en esta sentencia es concretamente que un padre solicitó que se le reconociese el permiso que se recoge en el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores que se le fue denegado. En un primer momento, el Juzgado de lo Social nº4 de A Coruña, desestimó la demanda y por eso, acudió al TSJ de Galicia. Este último órgano tuvo dudas a la hora de interpretar y por eso planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: ¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido en el artículo 13 del Tratado y en la Directiva 76/207 y en la Directiva 2002/73, una Ley nacional que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, consistente en una reducción de jornada de media hora o bien una ausencia de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, de carácter voluntario y retribuido a cargo del empresario y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses y no se concede, por el contrario, la titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena? El Tribunal tras analizar las alegaciones y la normativa comunitaria como estatal resuelve de la siguiente manera: “...resulta que el art.2, apartados 1,3 y 4 y el art.5 de la Directiva 76/207 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 75/2011, de 19 de mayo de 2011, resuelve una cuestión planteada por el Juzgado de lo Social de Lleida que se basa en si el art.48.4 del Estatuto de los Trabajadores es inconstitucional por su posible contradicción con el art.14 CE. Ante esta cuestión planteada, el Tribunal Constitucional menciona que en el supuesto de parto, el disfrute del período de suspensión del contrato de trabajo, durante las seis primeras semanas, en las que se pretende proteger la salud y las relaciones entre la mujer y su hijo, es descanso obligatorio para la madres y por tanto, no lo puede ceder, mientras que en las semanas posteriores, puede ceder tal derecho a favor del padre trabajador si lo estima oportuno, siempre que ésta trabaje, dado que nadie tiene puede ceder un derecho que no tiene. Por lo tanto, considera que la finalidad primordial es la protección de la salud de la mujer trabajadora en este caso, y que es coherente con la regulación legal del derecho a la suspensión del contrato de trabajo que se recoge en el Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, hace hincapié en que “no puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o para adaptarlas a las necesidades del momento”. Parece que, de estos últimos pronunciamientos, el legislador ha avanzado y ha aprobado algunas medidas tendentes a la equiparación de la mujer y el hombre en esta materia. Por lo tanto, debemos estar atentos a los siguientes pronunciamientos que den los tribunales en esta materia tras las modificaciones legislativas acontecidas y las que puedan aprobarse en el futuro.

## **V. REGULACIÓN INTERNACIONAL Y COMUNITARIA DE LA MATERIA Y LA PROPUESTA DEL GOBIERNO VASCO**

En la primera parte de esta comunicación sobre todo nos hemos centrado en los aspectos de la regulación de la maternidad y paternidad en el ámbito estatal. Sin embargo, en el ámbito internacional también podemos destacar algunas normas sobre esta materia. Concretamente, hay que remontarse a 1919, a la fecha en la que se aprobó el Convenio nº 3 de la OIT, sobre el empleo de las

mujeres antes y después del parto. Unos cuantos años más tarde, en 1952, se aprobó el Convenio n° 103, sobre la protección de maternidad que revisó el convenio anterior. Anteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 también reconoció un derecho a cuidados y asistencias especiales para la maternidad y la infancia. Más tarde, con la aprobación de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, reconoció a la mujer trabajadora un descanso mínimo de doce semanas, en los supuestos de parto con prestaciones de la Seguridad Social, así como la ilegalidad de la extinción de su contrato durante el permiso de maternidad. Posteriormente, en 1965 se aprobó la Recomendación n° 123, sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares<sup>9</sup>.

Asimismo, en el seno de las Naciones Unidas también se han aprobado algunas normas relativas a dicha materia: la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas recogió el principio de igualdad de todos los seres humanos y la prohibición de discriminación por razón de sexo, el principio de igualdad ante la ley, la protección de la maternidad y la infancia; en 1979, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Son de destacar también, la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995) y la Declaración de la Conferencia Internacional de Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975)<sup>10</sup>.

En el ámbito comunitario es de destacar el art.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. Asimismo, han de tenerse en cuenta la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de 19 de diciembre 1989 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, que recogían que con el objetivo de poder conciliar la vida familiar y la 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 de nacimiento o adopción de un niño. La Unión Europea ha ido aprobando diversas Directivas relacionadas con este tema, pero las más destacables son la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992 relativa a la Seguridad y Salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia y la Directiva 96/34/CE, derogada posteriormente 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. El bien jurídico protegido por estas normas es concretamente la salud de la madre. Así, se puede constatar en las medidas que se recogían en la Directiva 92/85/CEE: las mujeres no pueden realizar trabajos nocturnos durante el embarazo y por eso, deben trasladarles a un puesto diurno o solicitar la baja por maternidad; la licencia de maternidad debe ser por un período ininterrumpido de al menos catorce semanas antes y/o después del parto, de las cuales dos semanas son de descanso obligatorio para la madre; se reconocía el derecho a ausentarse en el trabajo sin la pérdida del salario, por acudir a exámenes prenatales; y se prohibía el despido de las mujeres embarazadas. Además de las normas comentadas, no debemos olvidar 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. Esta norma incrementa la protección de las trabajadoras autónomas y las de sus cónyuges colaboradores o parejas de hecho, especialmente en caso de maternidad<sup>11</sup>. Toda esta normativa destinada a proteger a la mujer embarazada tiene su origen en la preocupación de la Unión Europea sobre la baja natalidad que podía poner en peligro la continuidad del crecimiento económico europeo.

Estas normas han ido transponiéndose en los Estados Miembros y en España se han adoptado las reglas que mencionábamos en el primer apartado. No obstante, existen países que han avanzado más que España en esta materia como son por ejemplo los países nórdicos, que cuentan con una

<sup>9</sup> PÉREZ CAMPOS, A.I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pg. 170-171.

<sup>10</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, N., “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pg.204-205.

<sup>11</sup> PÉREZ CAMPOS, A.I., “La titularidad del permiso de maternidad en la Unión Europea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pg.171-174.

concienciación superior en el tema de la conciliación laboral. En el caso de Suecia, por ejemplo, disponen de 64 semanas compartidas entre el padre y la madre e igualan así la prestación entre hombres y mujeres y perciben el 80 % las primeras 52 semanas. En el ranking le sigue otro país nórdico que es Noruega, dado que en este país se le reconoce a la madre 56 semanas cobrando el 80 %, mientras que el padre tiene derecho a 10 semanas con el 100 % de su salario. Finlandia, también destaca por disponer la madre de 15 semanas más 22,5 semanas compartidas con el padre. No obstante, en la cola del ranking se sitúan Turquía y Suiza donde todavía les queda mucho por avanzar en esta materia, debido a que la madre tiene el derecho a disfrutar de 16 semanas mientras que el padre únicamente dispone de 3 días de permiso. Existen algunos países de la UE que tienen unas grandes diferencias en cuanto al permiso de maternidad y paternidad. En este sentido, podemos observar el caso de Reino Unido que tiene un permiso de maternidad de 365 días, mientras que el padre sólo dispone de 14 días de permiso. También es de destacar que los países más avanzados no ofrecen el 100 % del salario en toda la duración del permiso como lo hace el legislador español<sup>12</sup>.

Además de los permisos de maternidad y paternidad, en algunos países se recoge el permiso parental. La OIT, en la Recomendación nº 191, ya recogía este concepto como *“La madre o el padre que trabaja debería tener derecho a una licencia parental durante el período siguiente a la expiración de la licencia de maternidad”*. El primer país que reconoció esta figura fue Suecia en 1974, y lo definía como un permiso de cuidados y no como un permiso por nacimiento<sup>13</sup>.

Una vez analizado el ámbito internacional y comunitario, volvemos al nivel nacional y especialmente a las ayudas que conceden las Comunidades Autónomas. Especialmente nos centraremos en las ayudas que ofrece el Gobierno Vasco que son de destacar las siguientes: las ayudas económicas a las familias con hijos e hijas a cargo que recogen tres tipos de ayudas, esto es, ayudas por hijo/a a cargo, ayuda por parto o adopción nacional múltiple y ayuda por adopción internacional; además, el Gobierno Vasco también dispone de ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral aprobadas por el Decreto 31/2015, de 17 de marzo. Este último decreto recoge ayudas para personas trabajadoras que se encuentren en situación de excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos/as, para el cuidado de familiares en situación de dependencia o extrema gravedad sanitaria y ayudas por la contratación de personas trabajadoras para el cuidado de hijos/as menores. En cuanto a las prestaciones de maternidad y paternidad, es de destacar que el Gobierno Vasco ha planteado que pretende equiparar por ley la duración de los permisos parentales entre las madres y padres. Esta medida se recoge en el anteproyecto de la Ley de Empleo Público vasco y, por lo tanto, esta medida será aplicable para los funcionarios. Si es así, será la primera comunidad en equiparar los permisos de paternidad y maternidad de los funcionarios y, en consecuencia, fomentar la igualdad y la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos/as. La propuesta recoge la equiparación de la duración de los permisos de paternidad y maternidad independientemente de su sexo, y remunerarlos al 100 % y no hacerlos transferibles entre los miembros de la pareja. Veremos cómo lo regulan cuando aprueben la Ley de Empleo Público vasco, ya que aún se encuentra en trámite después de que los sindicatos hayan presentado varias enmiendas.

A nivel estatal, el 26 de junio de 2018, en el Congreso de los Diputados se ha aprobado la toma en consideración de una proposición de ley, de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. El objetivo de esta propuesta presentada por Unidos Podemos-EC-EM, es mejorar los permisos de los progenitores y lograr que sean igualitarios, intransferibles y remunerados al 100 %. De manera resumida se puede decir que la proposición de ley incorpora los siguientes derechos:

<sup>12</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, M.L., “La cara oculta de la protección por maternidad y paternidad”, Universidad de Murcia, 2016, pg. 411-412.

<sup>13</sup> *Ibid.* Pg. 414.

- Cada progenitor tendrá derecho del mismo período de suspensión, sin poder ser cedido ni compartido y con derecho a una prestación del 100 % de la base reguladora durante toda su duración.
- Se plantea el diseño de un nuevo sistema que consiste en un permiso que posibilita la presencia en el hogar de ambos progenitores, para proteger a la mujer durante la recuperación del parto, así como para la atención a la criatura recién nacida o adoptada.

Parece que la tendencia tanto del Gobierno Vasco como del Gobierno de España es ir aprobando medidas que avancen hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y en las responsabilidades familiares.

## VI. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, con el paso de los años la regulación de la maternidad ha avanzado desde una regulación conjunta con los menores, a una regulación específica de reconocimiento de una prestación retributiva de maternidad con una duración de 16 semanas. No obstante, los efectos de esta desigualdad entre las madres que optan por disfrutar la maternidad durante las 16 semanas que se les reconoce y los padres que optan por el cuidado de sus hijos durante las cinco semanas que se les reconoce, existe una diferencia abismal. Esto, hace que aun siga siendo grande la brecha salarial que existe entre ambos sexos y por eso, las propuestas de los partidos políticos van encaminadas hacia la equiparación de los permisos de cuidados de hijos.

Respecto a los datos estadísticos analizados y facilitados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, es destacable el descenso de los procesos tanto de los permisos de maternidad como de paternidad en el primer trimestre del 2018 respecto al mismo período del año de 2017. No obstante, el gasto destinado a dichas prestaciones ha aumentado siendo mayor esta subida en el caso de los permisos de paternidad. Esta circunstancia puede ser debido a que en el 2017 se incrementó la duración del permiso de paternidad a cuatro semanas que ha podido tener reflejo en estos datos. Siguiendo esta tendencia, se supone que en los próximos datos estadísticos se incrementará el gasto de la prestación de paternidad, debido a que este mismo mes de julio se ha ampliado en cinco semanas este derecho. Asimismo, debemos destacar que aún son pocos los padres que perciben las prestaciones de maternidad por motivo de la cesión de la madre de este derecho.

En cuanto a las sentencias que hemos analizado sobre esta materia, son de destacar las conclusiones tan similares a las que llegan las dos primeras. En resumen, llegan a concluir que las diferencias que existen actualmente entre los permisos de maternidad y paternidad no resultan contrarios al principio de igualdad y no discriminación que se recoge en el artículo 14 de la Constitución. También resultan interesantes los pronunciamientos que realiza una de ellas, animando a debatir y proponer modificaciones legislativas en esta materia, lo que parece que está teniendo efecto tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia, sí que observó discriminación entre mujeres y hombres respecto a una norma nacional que reconoce un derecho a las mujeres, mientras que ese mismo derecho únicamente lo tendrán los hombres cuando las madres les cedan. Parece que hasta ahora, los juzgados nacionales han predominado en sus argumentos la protección de la salud y las relaciones entre la mujer y su hijo.

Finalmente, hemos podido observar que tanto a nivel internacional como a nivel comunitario se han promulgado diversas normas para proteger a la mujer embarazada. Estas normas han tenido claro efecto en los Estados Miembros y también en España, pero hemos podido comprobar que existen otros países los cuales están más avanzados en esta materia. Sobre todo, los países pioneros o los que mayores avances han tenido al respecto son los países nórdicos, donde se reconoce una duración superior tanto de la maternidad como el de paternidad y así se realiza una regulación igualitaria entre hombres y mujeres. Por tanto, el legislador español debería tener a estos países como ejemplo y seguir fijándose en sus políticas en esta materia. Parece que así lo están haciendo, dado que tanto a nivel estatal como a nivel de la comunidad autónoma vasca han surgido propuestas respecto

a la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad que se encuentran en trámite y que tendremos que observar en qué quedan dichas medidas.