

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

LEGISLATIVE PROGRESS TOWARDS CO-RESPONSABILITY

Raquel Castro Medina

Trabajadora Social

raquelcm30@uma.es ORCID [0000-0003-0604-6045](https://orcid.org/0000-0003-0604-6045)

Recepción de trabajo: 15-03-2021 - Aceptación: 18-03-2021

■ 1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO. ■ 2. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD TRAS ALGUNAS DE LAS MEJORAS IMPULSADAS POR LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD Y EL RD-LEY 6/2019. 2.1. Suspensión del contrato por maternidad biológica. 2.2. Suspensión del contrato por adopción y guarda con fines de adopción y de acogimiento. 2.3. La protección social de la maternidad. ■ 3. NOTAS FINALES Y CONCLUSIONES

* En este artículo se recogen parte de las investigaciones realizadas bajo la dirección del profesor Miguel Ángel Gómez Salado para la elaboración de mi Trabajo Fin de Carrera de título: "La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" durante el curso académico 2018/2019, por el que obtuve la calificación de Matricula de Honor.

RESUMEN

La corresponsabilidad en el cuidado de los hijos, supone uno de los objetivos más ambiciosos perseguidos por el legislador a la hora de garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En este sentido, la normativa específica entorno a la protección de la maternidad y paternidad ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo de la historia con el fin de adaptarse a las nuevas necesidades familiares y al doble rol femenino de madre y trabajadora. Y es que, como demuestra el presente trabajo, cada vez son más las facilidades de acceso a la suspensión de la actividad laboral por maternidad y paternidad, y cada vez son más flexibles los requisitos para el disfrute de las prestaciones de la Seguridad Social, pero, sin embargo, aún queda mucho camino que recorrer para igualar las cargas familiares y laborales de ambos progenitores.

PALABRAS CLAVE: maternidad, legislación laboral, Seguridad Social, corresponsabilidad.

ABSTRACT

Co-responsibility in the care of children is one of the most ambitious objectives pursued by the legislator when it comes to guaranteeing when it comes to guaranteeing when it comes to guaranteeing effective equality between women and men. In this sense, the specific regulations surrounding the protection of maternity and paternity have undergone numerous modifications throughout history in order to adapt to new family needs and the dual female role of mother and worker. And, as this work shows, there are more and more facilities for access to suspension of work due to maternity and paternity, and the requirements for the enjoyment of Social Security benefits are increasingly more flexible, however, there is still a long way to go to equalize the family and work burdens of both parents.

KEYWORDS: maternity, labor legislation, Social Security, co-responsibility.

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

La regulación de la maternidad en nuestro ordenamiento jurídico-laboral ha sufrido numerosas reformas en función de las coyunturas sociales, culturales e ideológicas en torno al papel de la mujer como madre y trabajadora. En efecto, si atendemos a las sucesivas aportaciones o modificaciones efectuadas a lo largo de la historia, veremos cómo desde la primera referencia legislativa sobre la maternidad a comienzos del siglo XIX, hasta prácticamente la transición democrática, lo primordial era blindar la maternidad intensiva sin atender a los derechos laborales de la mujer. Y, no será hasta tiempo después, con las sucesivas aportaciones que la Ley 3/1989, de 03 de marzo¹ realiza al primario Estatuto de los Trabajadores, cuando se alcancen las dieciséis semanas de permiso por maternidad en parto simple y dieciocho en múltiples, vigentes en la actualidad. Incluso, ya por entonces, en un débil intento de fomentar la crianza compartida, se contemplaba que el padre pudiese disfrutar de hasta cuatro semanas coincidiendo con las últimas reconocidas a la madre si ambos trabajaban.

En la misma línea, se empiezan a vertebrar pequeños avances tan beneficiosos como necesarios en materia de conciliación² que serán recogidos en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado el 20 de junio de 1994. Claros ejemplos serán los permisos de lactancia o la regulación de la excedencia por cuidado de menores, que podrían ser solicitados por cualquiera de los dos progenitores siempre que ambos trabajasen.

A pesar del esfuerzo legislativo, tales mejoras resultaron ser insuficientes en tanto que el permiso de paternidad continuaba estrechamente condicionado a la actividad laboral de la madre y la duración de la suspensión del contrato por maternidad era mucho más extensa que la correspondiente por paternidad. Lo cual, sin duda dejaba entrever la fuerza de las construcciones sociales e ideológicas asociadas a la crianza, en la medida en que se seguía justificando la dedicación mayoritariamente femenina a esta tarea en el ideal del instinto materno y el amor maternal³.

En ese contexto, en el que ni las pautas sociales ni las medidas legislativas favorecían la consecución de una igualdad efectiva entre ambos progenitores, entra en juego el discurso de la compatibilización frente al discurso de la renuncia⁴ en el que las mujeres deben enfrentarse a las dificultades que aún arrastran los mecanismos propuestos para el ejercicio simultáneo del empleo, el trabajo doméstico y el cuidado de los menores.

1 Boletín Oficial del Estado n. 57, del 8 de marzo de 1989.

2 El año 1999 trae consigo una nueva ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

3 Bandinter, E. «¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal, siglos XVII al XX.» Editorial Paidós, España, 1991. p.304

4 Sampedro, R., Gómez, V. y Montero, M. «Maternidad tardía: Incidencia, perfiles y discursos.» *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*. 2002, n.5, pp. 11-36.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

Además, en la actualidad, la presencia de la mujer en el mercado laboral y el valor que esta asocia a su propia realización profesional debilita ese rol tradicional de madre que dedica todo su tiempo y sus esfuerzos al cuidado de sus hijas/os. Como consecuencia, ese deseo de las mujeres de tener una vida profesional exitosa fruto de las fuertes inversiones en su educación, ha actuado como contrapeso a la hora de retrasar la maternidad hasta consolidar el estatus laboral o incluso replantearse este proyecto⁵, más aún cuando carecen de apoyo social o las prestaciones sociales relacionadas con la protección a la maternidad son escasas.

No obstante, el peso de la maternidad intensiva sigue generando frustración y ambivalencia en aquellas mujeres que quieren prosperar profesionalmente pero les gustaría dedicar mayor atención a sus hijos⁶. De ahí que la madre o la futura madre sufra la presión de cumplir con las funciones propias de la “buena madre” frente al deseo de disfrutar de una vida personal propia y una carrera profesional exitosa⁷.

2. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD TRAS ALGUNAS DE LAS MEJORAS IMPULSADAS POR LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD Y EL RD-LEY 6/2019

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI) se pretende poner freno a esta difícil situación, y para ello no duda en denunciar como discriminación directa por razón de sexo «*todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*». Además, con su llegada, todo el anterior tratamiento normativo específico sufrirá una notable reforma, en la medida en que la configuración la maternidad comenzará a ser tratada como todo un derecho innato a la condición de mujer más que como una protección otorgada⁸. Es más, desde entonces, los beneficios asociados a la suspensión por maternidad se extenderán a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social y a modelos familiares más amplios.

5 Bernardi, F. y Rquena, M «La caída de la fecundidad y el déficit de natalidad en España.» *Revista Española de Sociología*, 2003, n.3, pp. 29-49.

6 Solé, C. y Parella, S. «Nuevas expresiones de la maternidad. Las madres con carreras profesionales exitosas» *Revista de Educación Social*, 2004, n. 4, pp. 67-92.

7 Rodríguez, M., Fernández C. «Empleo y maternidad: el discurso femenino sobre las dificultades para conciliar familia y trabajo.» *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2010, vol. XXVIII, n. 2, pp. 257-275.

8 Lousada Arochena, J «La maternidad y la conciliación en la Ley de Igualdad, y en especial su regulación para la carrera judicial», *Cuadernos de derecho judicial*, n. 5, 2007, pp.53-126.

2.1 Suspensión del contrato por maternidad biológica

Por lo que se refiere a la maternidad biológica, la LOI no ha introducido nuevos supuestos respecto a los que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras ya preveía. De forma que, de manera genérica, se mantiene la justificación de la suspensión del contrato por maternidad en la necesidad de velar por la recuperación de la madre y garantizar los cuidados del recién nacido.

Ahora bien, no debemos olvidar que existen otros bienes jurídicos dignos de protección como son la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora⁹. En consecuencia, la tutela normativa se extiende a los procesos de gestación que no llegan a término, a los partos frustrados, al fallecimiento del hijo/o e incluso al aborto con algunos matices y especificaciones. Circunstancias en las que si bien la recuperación física de la madre tiene un peso importante, el agravante que supone el trauma derivado de la pérdida, debilita la capacidad de reincorporarse a la rutina laboral tras el periodo de descanso establecido.

Con todo, y pesar del gran avance que supone este reconocimiento, no se hace mención a los casos de interrupción espontánea o voluntaria del embarazo. En tales casos, y como forma de paliar tal laguna, la doctrina coincide en englobarlos dentro de la incapacidad laboral, dado su carácter temporal, y no como circunstancia que pudiera generar la suspensión del contrato por motivos de maternidad¹⁰. Este encuadre supone claramente una vulneración del principio de igualdad entre los sexos al ser el aborto un riesgo exclusivamente femenino¹¹, y es que cuando el aborto terapéutico o espontáneo se produce una vez que la trabajadora está disfrutando de los permisos prenatales, esa baja por maternidad se transformará en baja por incapacidad temporal¹² con el perjuicio que ello conlleva para la trabajadora¹³.

En cuanto a la titularidad del permiso, la suspensión del contrato por maternidad es un derecho que se reconocía tradicionalmente en exclusiva a la mujer trabajadora sin que el padre pudiera disfrutar independientemente de un periodo de descanso similar destinado a los primeros cuidados del recién nacido. Hecho para el que, desgraciadamente, la entrada en vigor de la LOI no supuso una mejora revolucionaria.

9 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

10 López Anioarte, C. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica». *Anales del Derecho*, Universidad de Murcia, n. 18, 2000, pp. 117-130.

11 Garrigues Giménez, A. «Incapacidad temporal o maternidad, la intersección de dos contingencias» en Asociación Española del Trabajo y la Seguridad Social. 1996, pp 278- 293.

12 Núñez-Cortés Contreras, P. «La licencia por maternidad de la trabajadora». Madrid: Dykinson, 2002, pp. 103.

13 A este respecto, el Real Decreto 295/2009, establece que la prestación económica no se verá reducida «aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días».

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

En efecto, la redacción original del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) simplemente se limitaba a concretar que una persona distinta a la madre trabajadora fuera sujeto del derecho *solo* si había una cesión de la misma a favor del otro progenitor o en aquellos casos en los que la madre no cumpla los requisitos exigidos¹⁴. A pesar de ello, no debemos pasar por alto que si bien la LOI aún mantiene la necesidad de que ambos progenitores trabajen, ha optado por una interpretación más amplia del término trabajo, indicando que en los casos en los que la trabajadora no tuviera la posibilidad de suspender su actividad laboral con derecho a prestaciones, el otro progenitor podrá disfrutar del período concedido a la madre. De ahí que, desde la entrada en vigor de la LOI, el permiso de paternidad queda, en cierto modo, desvinculado de la actividad profesional de la madre, configurándose como un derecho mínimo y necesario¹⁵.

A pesar de ese esfuerzo, desgraciadamente, el reconocimiento del derecho a suspender la actividad laboral no se realizó en un plano de igualdad entre ambos progenitores¹⁶. Y es que, al ser tratado entonces el permiso por paternidad como un derecho voluntario del trabajador y no como un deber, era susceptible de ser objeto de renuncia para evitar posibles perjuicios en su carrera profesional, lo que indudablemente entorpecía la consecución de la deseada igualdad real y efectiva¹⁷.

Con intención de paliar esas faltas, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹⁸ reformula nuevamente lo dispuesto en el art. 48.4 ET, de forma que tanto la madre biológica como el otro progenitor *deberán* suspender su actividad laboral durante 16 semanas, siendo para *ambos obligatorio* el descanso ininterrumpido y a jornada completa de las seis semanas posteriores al parto¹⁹.

Por último, de esta nueva redacción y de su antecesora es preciso señalar, el gran avance que supone el uso del lenguaje no sexista en la legislación mediante la expresión «otro progenitor» que a su vez representa un claro propósito normativo en cuanto a la expansión del disfrute para atender a los nuevos modelos familiares que forman parte de nuestra realidad social²⁰.

14 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Nº 17, 2007.

15 Fernández Collados, B. «La suspensión del contrato de trabajo y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación familiar y laboral, diferentes y compatibles.» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, n. 1, 2009, pp. 45-51.

16 Romero Burillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad...» *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación LO3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

17 Moreno Gené, J. «La suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad.» *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coord. Romero Burillo, A y Rodríguez Orgaz, C. 2018, pp. 141-201.

18 Boletín Oficial del Estado, n. 57, de 7 de marzo de 2019.

19 Cabe decir que la igualación del permiso del otro progenitor al de maternidad fue progresivo alcanzándose las 16 semanas este año 2021.

20 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad...». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Nº 17, 2007.

2.2 Suspensión del contrato por adopción y guarda con fines de adopción y de acogimiento

Como sabemos, dentro de los supuestos enumerados en el art. 45.1 del ET de las causas y efectos de la suspensión contractual se contempla tanto la baja por nacimiento como por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. Con ello se pretende: por un lado hacer valer el principio constitucional de no discriminación según la filiación del menor o el estado civil de la madre (art. 39.2 CE), y por otro abarcar a todas y cada una de las posibles formas de ejercer la maternidad y/o paternidad.

De hecho, para cumplir con tal objetivo, una de las aportaciones de la LOI va dirigida a incluir situaciones de temporalidad como son el acogimiento permanente y simple²¹. Este avance se refuerza con la nueva redacción del art. 45.1.d) de mano del RD 6/2019 al reformular los mismos como guarda con fines adoptivos o de acogimiento. Al mismo tiempo, incluir situaciones de temporalidad supone un gran avance en tanto que responde a la necesidad de cuidar al menor mientras se resuelve judicialmente situaciones en las que el tutor o los padres biológicos presentan su oposición al acogimiento pre-adoptivo o permanente²².

En cualquier caso, en supuestos de adopción y acogimiento o guarda, si bien no es necesario velar por la recuperación de la madre tras el parto o los cuidados del recién nacido, facilitar la adaptación de los menores al nuevo núcleo familiar resulta un bien jurídicamente protegido comparable al esfuerzo por favorecer los vínculos afectivos entre los progenitores y los hijos o hijas biológicos²³.

Esto supone que el derecho de la suspensión del contrato es compartida y reconocida por igual a ambas personas acogedoras o adoptantes²⁴. Y es por ello que, el mencionado precepto concede a cada progenitor un periodo obligatorio de suspensión de seis semanas a disfrutar a tiempo completo e ininterrumpidamente, siendo las restantes semanas hasta igualar a las correspondientes por maternidad o paternidad biológica de carácter voluntario para ambos padres o madres adoptantes, guardadores o acogedores.

A este punto cabe añadir que, al igual que con la maternidad biológica, el legislador utiliza la expresión “*otro progenitor*” de modo que, indistintamente, se dirige tanto a las parejas heterosexuales

21 El art. 173 bis del Código Civil define el acogimiento simple como una situación transitoria en la que se prevé la reincorporación del menor en su familia de origen o la adopción de una medida de protección más estable.

22 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 5, 2007, pp. 2007-2030.

23 García Atance, Juan. «La reforma de las prestaciones de maternidad y paternidad por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, n° 79, p. 159-188.

24 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

como a las homosexuales²⁵ en el reconocimiento de sus derechos para ser personas acogedoras o adoptivas según lo establecido en el Código Civil.

Finalmente, otras de las aportaciones que efectúa la LOI en esta materia es la imposibilidad de que en un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión, aunque el mismo sea sujeto de varias situaciones de adopción o guarda. En este sentido, resulta interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 7 de julio del 2014 que falla a favor de la madre adoptiva reconociéndole el derecho al periodo suspensivo y la prestación correspondiente, aunque su pareja, la madre biológica del menor, hubo disfrutado de las garantías asociadas a la situación por maternidad.

2.3 La protección social de la maternidad

La suspensión contractual por maternidad se completa con la protección que otorga la Seguridad Social (en adelante SS) en una doble vertiente; por un lado con el mantenimiento del régimen de cotización habitual de la persona trabajadora, y de otro lado con la sustitución de las rentas dejadas de percibir²⁶. De hecho, esta acción protectora de la SS se suma al empeño por incentivar la corresponsabilidad y evitar la discriminación laboral en el ejercicio de la maternidad, de tal forma que la LOI amplía los objetivos rectores de la debida contingencia más allá de la cobertura estrictamente necesaria para corregir los déficits naturales de la interrupción temporal de empleo y salario.

El art.177 de la LGSS recoge todas y cada una de las situaciones que dan lugar a la suspensión del contrato por maternidad y/o paternidad con algunas especificaciones señaladas en el RD 295/2009. A pesar de este acierto, cabe lamentar que, la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de junio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia²⁷, no se haya visto reflejada en la redacción del RD 295/2009 dejando fuera otras formas familiares como el acogimiento de urgencia o profesionalizado²⁸.

En cualquier caso, las situaciones recogidas en la LGSS y en el RD 295/2009, conforman una lista abierta y dinámica con capacidad de adecuarse a las nuevas realidades sociales, laborales y familiares. Muestra de ello son los pronunciamientos del Tribunal Supremo en lo referente a la posibilidad de percibir el subsidio en los supuestos de gestación por sustitución²⁹, e incluso en los

25 Núñez- Cortés Contreras, P., Garrigues Giménez, A. y Velasco Portero, T. «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.5, 2007, pp. 2007-2030.

26 Ballester Pastor, M. «Alcance y contenido de la prestación por maternidad contributiva» *La prestación de maternidad*. Tirant lo Blanch, 2013.

27 Boletín Oficial del Estado n. 180, de 29 de julio de 2015.

28 Moreno Gené, J. «La suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad.» *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coord. Romero Burillo, A y Rodríguez Orgaz, C. 2018, pp. 141-201.

29 A este respecto, cabe señalar el caso de un trabajador por cuenta ajena padre de dos niñas por maternidad subrogada que opta a la suspensión del contrato y la baja por paternidad. Finalmente, pese a la negativa de la empresa, le es concedida la baja de paternidad correspondiente con derecho

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

casos menos polémicos y cada vez más comunes en los cuales un miembro de la pareja quiere adoptar al hijo/a del otro miembro.

En cuanto a las personas beneficiarias la redacción del art. 3.1 del RD 295/2009 parece estar acorde con objetivos de conciliación familiar y corresponsabilidad marcados por la LOI en tanto que establece que «serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena o propia, cualquiera que sea su sexo [...]». Sin embargo, lo cierto era que el disfrute del subsidio por maternidad del otro progenitor, venía condicionado a la voluntariedad de la madre, al fallecimiento de esta o a determinados supuestos en los que la trabajadora no tuviera derecho a las prestaciones o no reuniese los requisitos mínimos de cotización³⁰. Es decir, hasta regulación conjunta de la prestación por paternidad y maternidad con llegada del RD 6/2019, cabía la posibilidad de tener derecho al periodo de descanso pero no a la protección correspondiente de la SS³¹.

Respecto al periodo mínimo de cotización exigido con anterioridad a las mejoras efectuadas por el RD 6/2019 era de 180 días inmediatamente anteriores al parto o a las fechas de decisión administrativa de adopción o guarda³². En la actualidad, fruto de esos esfuerzos legislativos, el reformado art. 178 de la LGSS enumera nuevos periodos de carencias en función de la edad de la persona beneficiaria con la intención de facilitar el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado de menor. A este respecto, parte de la doctrina considera que se trata más de un esfuerzo teórico que real, puesto que si el fin último era potenciar la maternidad como valor social, hubiera sido más eficaz retirar el requisito de carencia para todos los supuestos³³.

De igual forma, se ha criticado ampliamente el descuido de la LOI a la hora de adaptar tales modificaciones al periodo exigible de cotización para las personas empleadas a tiempo parcial, más aún cuando la mayoría de estas son mujeres³⁴. Además, usualmente, también son las mujeres quienes

a percibir el 100% de la remuneración durante las 18 semanas, por ser el único progenitor que ostenta la patria potestad. Ante esta resolución, el Tribunal Supremo (STS 5375/2016) resuelve afirmando que, sin bien la actual regulación legal (LGSS) y reglamentaria (RD 295/2009) omite la contemplación de estos supuestos, no es tan cerrada como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a fin de proteger las menores con independencia de su filiación, garantizando conciliación familiar y laboral.

30 Art. 3. RD 295/2009, de 6 de marzo.

31 Moreno Gené, J. «La suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad.» *Trabajo, género e igualdad: un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, coord. Romero Burillo, A y Rodríguez Orgaz, C. 2018, pp. 141-201.

32 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

33 Barcelona Cobedo, S. «Igualdad y protección de la contingencia de maternidad», *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, 2007.

34 No será hasta 2013 cuando se regulen los periodos necesarios de cotización para los trabajadores a tiempo parcial.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

reducen su jornada para facilitar la conciliación familiar-laboral, con el perjuicio sobre su cotización que ello supone por la pérdida proporcional a partir del segundo año³⁵.

A propósito de esta falta de sensibilización, cabe destacar que ninguna regla se ha previsto para los casos de parto prematuro ni en cualquier otro supuesto en el que el neonato debiera permanecer hospitalizado pese a las modificaciones que si efectúa la LOI sobre los periodos suspensivos³⁶.

A este respecto, no podemos pasar por alto el posible gravamen sobre los requerimientos de edad y carencia para los casos de adopción y guarda, ya que la norma prevé el periodo de cotización más alto para los posibles beneficiarios del subsidio mayores de 26 años, sin tener en cuenta que las personas que optan por esa maternidad superan con creces esa franja de edad³⁷. De ahí, que para algunos autores, la buena voluntad normativa por realizar una ordenación unitaria de la prestación económica para los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento, supone diluir diferencias sustanciales como la expuesta anteriormente³⁸.

Por su parte, la prestación económica por maternidad no queda afectada por las modificaciones de la LOI, es decir, se mantiene el pago de una cuantía del 100% de la Base Reguladora por Maternidad para cada progenitor³⁹. Esta individualización, es entendida desde el punto de vista del Derecho comparado como una forma incentivar el disfrute el padre, puesto que si la renta materna determinase la prestación del otro progenitor, al ser esta generalmente menor, implicaría una disminución en los ingresos familiares⁴⁰.

Como norma general, para el cálculo de la Base Reguladora será necesario dividir el importe de la base de cotización de la persona trabajadora en el mes anterior a la fecha de iniciación de la IT por el número de días a que dicha cotización se refiere. No obstante, tras la aprobación de la LOI y el RD-ley 6/2019 la nueva redacción del art. 179 permite paliar la demora que supone este cálculo en función

35 Romero Rodeno, M. «La protección de los trabajadores a tiempo parcial tras las últimas reformas.» *Revista Española de Derecho del Trabajo, Aranzadi*, nº 171, 2014.

36 Romero Burillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad...» *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación LO3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

37 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación LO3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

38 Gómez, Gordillo, R. «Convivencia previa y derecho a los progenitores a la prestación de maternidad por adopción», *Revista Doctrinal Aranzadi Social, Aranzadi*, nº 80, 2011.

39 Art. 7.6 RD 295/2009.

40 Ballester Pastor, M. «La prestación de maternidad». *Tirant lo Blanch*. Valencia, 2013.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

de los meses vencidos⁴¹. De forma que, el subsidio podrá ser reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución provisional.

Sin embargo, donde sí se evidencia un mayor avance es en el desarrollo o dinámica de la prestación. En efecto, la LOI establece una nueva regulación para los casos de percepción del subsidio por maternidad durante el disfrute de la prestación por desempleo. Tal innovación viene a contrarrestar las desventajas que acarrea la anterior legislación al respecto. De tal forma que, actualmente la persona trabajadora, no verá reducido el periodo de disfrute del desempleo a favor de percibir el subsidio por maternidad, sino que una vez suspendida la prestación por desempleo pasará a percibir la correspondiente por maternidad, y una vez que esta finalice, se reanudará el desempleo por el tiempo que corresponda⁴². El mismo tratamiento se les ha asignado a aquellas personas que encontrándose en situación de ERTE solicitaron la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Por último, debemos subrayar que si bien todas estas consideraciones han supuesto un gran impulso para la consecución de la igualdad real y efectiva entre ambos progenitores, el subsidio de naturaleza no contributiva es, sin duda, una de las principales mejoras introducidas por la LOI⁴³. Tanto es así, que con anterioridad a la reforma existía la posibilidad de que una trabajadora suspendiera su contrato durante las seis semanas obligatorias tras el parto sin tener acceso a ninguna prestación de SS. La importancia adscrita a esta prestación de carácter «especial», por lo tanto, recae en el reconocimiento a las trabajadoras de un subsidio económico durante 42 días, aun cuando estando afiliadas y en situación de alta o asimilada, no reúnan el periodo mínimo de cotización para optar a la prestación por maternidad tradicional⁴⁴. Según lo previsto en el art. 181 de la LGSS, serán beneficiarias las trabajadoras incluidas en el Régimen General de la SS, que exclusivamente en el caso de parto no cumplan con los requisitos de cotización⁴⁵. Como vemos, el fin último de la prestación prima la protección de la madre trabajadora durante de recuperación física tras el alumbramiento, sobre otros bienes jurídicos igualmente valiosos⁴⁶.

41 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

42 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

43 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad...» *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

44 Fernández-Peinados Martínez, A. «Prestación no contributiva por maternidad. La Reforma de la Seguridad Social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 2, 2013.

45 El RD-Ley 6/2019 cambia la redacción del art. 181 LGSS optando por sustituir "subsidio por maternidad", "por subsidio por nacimiento" y "prestación por maternidad" por "prestación por nacimiento y cuidado de menor" con la intención de procurar un lenguaje más inclusivo.

46 Romero Burrillo, A. «La regulación laboral y de la seguridad social de la maternidad a partir de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

3. NOTAS FINALES Y CONCLUSIONES

En la actualidad, la maternidad intensiva comienza a desvanecerse a favor del deseo de las mujeres por disfrutar de una mayor participación en otros ámbitos de la vida privada y pública. Sin embargo, los estereotipos tradicionales de género y el valor que aún se asocia al prototipo de “buena madre”, propician que sean las mujeres quienes normalmente agoten la baja por maternidad, quienes se decanten por un trabajo a media jornada o quienes soliciten la excedencia por cuidado de hija/o con los agravantes laborales y sociales que ello conlleva. Como consecuencia de todas estas dificultades, cada vez son más las mujeres que deciden no emprender el proyecto de la maternidad o retrasarlo hasta alcanzar sus objetivos profesionales, más aún cuando el esfuerzo académico es elevado.

Ni duda cabe que, históricamente, la legislación laboral española ha procurado otorgar una especial protección a las madres trabajadoras, pero no será hasta muy avanzada la democracia, cuando de verdad el interés del legislador se centre en salvaguardar tanto la recuperación post-parto de la madre como todas las garantías asociadas a la suspensión del contrato y su posterior reincorporación.

A este respecto, la LOI y el RD-Ley 6/2019 dan un paso más aportando, desde una perspectiva de género, numerosas modificaciones destinadas a mejorar la conciliación familiar y laboral en aras de la corresponsabilidad. En este sentido, podemos señalar algunas contribuciones ampliamente aplaudidas por la doctrina, como son:

En primer lugar, con la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019 la prestación por maternidad y paternidad se aúnan quedando ambas garantizadas en igualdad de condiciones, sin obstáculos que justifiquen una mayor implicación de las madres en los primeros cuidados de los/las menores. Este hecho supone un gran avance, puesto que no solo se terminan de igualar las semanas de descanso correspondientes a cada progenitor sino que, además se blindan los esfuerzos de la LOI por conseguir desvincular el permiso de paternidad del de maternidad.

En segundo lugar, de la actual redacción legislativa se entiende un esfuerzo por amparar tanto la recuperación física de la madre y los primeros cuidados del recién nacido referentes a la maternidad biológica, como la efectiva integración de los menores en acogimiento familiar (simple o permanente), guarda con fines de adopción y adopción, demostrando su compromiso por adaptarse a las nuevas realidades familiares. No obstante, paradójicamente, la nombrada ley interpone una gran traba para la consecución de este fin otorgando el periodo de carencia más amplio para los trabajadores mayores de 26 años, olvidando que, es en esta franja de edad donde se dan un mayor número de acogimientos, guardas y adopciones.

Y, en tercer lugar, la flexibilización de los periodos de carencia en función de la edad de la persona solicitante posibilita ampliar el acceso a la protección social de la maternidad a los trabajadores más

efectiva de mujeres y hombres», *Trabajo, género e igualdad, un estudio jurídico-laboral diez años de la aprobación L03/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 99-137.

AVANCES LEGISLATIVOS HACIA LA CORRESPONSABILIDAD

jóvenes, quizá con el objetivo de frenar el descenso de la tasa de natalidad. Del mismo modo, la LOI amplía las fronteras de la acción protectora de la Seguridad Social, a fin de garantizar un subsidio especial por maternidad de carácter no contributivo diseñado para aquellas madres que, aun estando afiliadas o en situación de alta, no cumpla con algunos requisitos exigidos para el disfrute del subsidio.

Por último y a modo de conclusión final, me gustaría añadir algunas cuestiones que a mi parecer son de vital importancia. 1) Al igualarse las semanas de descanso para ambos progenitores y al ser estas de obligado cumplimiento para ambos, ya no cabe ninguna duda que la intención del legislador es contribuir a romper con la predisposición social por atribuir la carga mayoritaria de los cuidados a la madre. 2) El hecho de que se siga manteniendo los distintos periodos de carencia sin tener en cuenta una regla específica para las personas empleadas a tiempo parcial, continúa frenando a mi parecer la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, ya que como hemos mencionado, son las trabajadoras las que mayoritariamente suelen optar por este tipo de jornada. 3) Además, me preocupa que se mantenga el silencio legislativo acerca del aborto espontáneo y la maternidad subrogada como supuestos igualmente protegidos por la contingencia por maternidad.