**PERMISOS Y PRESTACIONES VINCULADAS AL EMBARAZO Y NACIMIENTO: PROGENITORES Y OTROS FAMILIARES**

La presente entrada tiene por objetivo hacer una recopilación de los derechos laborales que asisten a los trabajadores y trabajadoras como consecuencia del embarazo y del nacimiento de un hijo o hija. Para ello, vamos a intentar abarcar, aunque sea de manera breve, cada uno de los permisos y prestaciones que se dan como consecuencia de estos hechos causantes, identificando los problemas jurídicos y de interpretación que han podido surgir, y las soluciones dadas, hasta la fecha, por nuestros Tribunales. Así pues, de la lectura de este post nos deben quedar claros los derechos que asisten a los padres y familiares y que surgen en torno a la llegada de un nuevo miembro a la familia.

**1.- Permiso para asistencia a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.**

Se trata de un permiso regulado en el art. 37.3 f) ET y que contiene, por un lado, la asistencia a los exámenes prenatales, referidos a la realización de análisis, visitas a la matrona, y visitas al médico especialista (ginecólogos) para la realización de las tres o cuatro ecografías pertinentes, y por otro, la asistencia a las clases de preparación al parto (7/8 sesiones aproximadamente).

Ante la falta de determinación por la norma, y su escasa o nula atención por la doctrina y jurisprudencia, tenemos que entender que este permiso queda reservado a la asistencia a estas pruebas, reconocimientos y clases en el Servicio Público de Salud, aunque nada impediría que, bien el Convenio Colectivo, bien un acuerdo con el empresario, permitiera la sustitución del sistema público por las citas en especialistas privados cuando ésta es la opción de los progenitores.

Más problemática me parece la identificación del sujeto beneficiario. En este sentido, es de común aceptación que el único titular de la norma es la madre biológica, tanto para el supuesto de asistencia a exámenes, como para el supuesto de clases de preparación al parto. Pues bien, aunque es evidente que es un derecho que asiste a la madre biológica de manera inexcusable, la evolución del concepto de conciliación al concepto de corresponsabilidad tendría que hacernos pensar sobre la necesaria participación del otro progenitor en estas asistencias a los médicos especialistas y pruebas médicas, y mucho más, en la asistencia a las clases de preparación al parto. A este respecto, nada impide que sea la negociación colectiva la que reconozca este derecho al otro progenitor que no sea la madre biológica. En este sentido, podemos destacar el [Plan de Igualdad de Zara](https://www.ccoo-servicios.es/archivos/zara/planigualdadZARA.pdf), que si bien hacen extensiva la titularidad de estos derechos al otro progenitor, se reconoce como permiso no retribuido y recuperable, siendo al menos esto, una manera de fomentar el uso de medidas de corresponsabilidad entre los hombres de la plantilla como dice el propio texto del Plan.

A estos efectos, no olvidemos que existen dos sentencias (algo antiguas) que son las que han hecho referencia o solventado la cuestión de la titularidad de este derecho. Se trata por un lado de la [STSJ de Madrid de 17 de enero de 2005 (Rº. 6305/2004),](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/538c42f009c2b2ca/20050331" \t "_blank) en la que se establece que *“la realización de técnicas de preparación al parto implica una actividad reservada a la mujer, puesto que sólo ella puede culminar mediante el alumbramiento el período de gestación y, desde esta perspectiva, la obtención de un permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal (…)"*. Por su parte, la [STSJ de Andalucía de 23 de abril de 2007 (Rº. 599/2006)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/08ce63a059c5ac57/20071213" \t "_blank), considera que este precepto debe interpretarse conforme a la normativa comunitaria de la que trae causa que es la [Directiva 92/85/CEE](https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1992-81903), y conforme al art. 26.5 de la [Ley de Prevención de Riesgos Laborales](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292) que traspone precisamente esta cuestión, entendiendo que la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto corresponde únicamente a la mujer embarazada, de forma que “todo permiso vinculado al parto ha de considerarse una medida específica de protección de la mujer por su condición de tal”, sin que quepa apreciar que las empresas, en sus respuestas denegatorias al hombre, incurren en discriminación o trato desigual. Algo que, desde luego, mantendría nuestro Tribunal Constitucional que, recordemos, ya ha dicho que *“La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada del art. 39.2 CE, relativo a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”* ([STC 111/2018 de 17 de octubre de 2018](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15847" \t "_blank)).

Sin embargo, aunque estemos de acuerdo desde un punto de vista estrictamente jurídico, nos parece un gran olvido del legislador la posible modificación de este precepto en el [RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo](https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3244#a2). Y es que, desde un punto de vista social, cultural e incluso médico (por la ayuda que supone el otro progenitor en las actividades relacionadas con el parto), la corresponsabilidad comienza desde el momento en el que se concibe al hijo, lo que debe implicar a ambos progenitores en todas las actividades que se generen en torno a la evolución del que será un nuevo miembro de la familia. Quizá esta cuestión pueda y deba solventarse en el ansiado desarrollo reglamentario que debía haberse realizado 6 meses después de la entrada en vigor del RD Ley 6/2019, pero que sigue sin llegar.

**2.- Permiso por nacimiento de hijo/hija**

Este permiso, que era de 2 días conforme a la anterior redacción del ET, como bien sabemos, desaparece con la modificación operada por el RD-Ley 6/2019. Se trataba de un permiso que disfrutaba el otro progenitor, pero que tras la nueva regulación de la suspensión del contrato para el cuidado del menor (la anteriormente llamada paternidad), desaparece como tal, al regularse este nuevo derecho de duración mucho más amplia y que debe comenzar necesariamente el día del nacimiento ([STSJ de País Vasco de 16 de julio de 2019(Rº. 16/2019)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/47e928e4a2c7cfc3/20191014" \t "_blank)). No obstante, ya tenemos algún pronunciamiento judicial ([SAN de 29 de noviembre de 2019 (Rº. 221/2019)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c90484feddc48060/20200130)) que se manifiesta a favor del mantenimiento del permiso de los días de nacimiento cuando queda regulado como tal en el Convenio Colectivo, aunque habrá que ver también el modo en el que tal regulación convencional se establece. Sobre esta cuestión remitimos a la interesante [entrada en este blog de la Profesora Ana de la Puebla.](https://forodelabos.blogspot.com/2020/01/permiso-de-paternidad-reconocido-en.html)

**3.- Permiso para familiares hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad por hospitalización.**

En este caso, estamos ante un permiso para los familiares cuando se produce el nacimiento de un bebe. Madres, padres, hermanos, cuñados, se plantean si el nacimiento de un nuevo miembro de la familia hace que se genere algún derecho. Debemos partir de la base de que no es el nacimiento el que genera el derecho, sino que es la hospitalización de la madre biológica lo que supone el hecho causante de este permiso. Así quedó establecido finalmente por nuestro Tribunal Supremo en su [STS de 23 de abril de 2009 (Rº. 44/2007)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/25994b568fa65cd0/20090723) y [SAN de 26 de marzo de 2010 (Rº. 39/2010)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/513894d11acdd342/20100415); o incluso en la [STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2013 (Rº. 411/2013)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/07851f4ba3678689/20130801) en la que se analizaba un caso de parto por cesárea, bien como hospitalización (para lo que se tenía derecho a dos días), o bien como enfermedad grave, en cuyo caso se tenía derecho a tres días (según recogía el convenio colectivo de aplicación al caso). La solución del Juez en este caso fue la de considerar que el parto por cesárea era una forma más de parto, y que no suponía en principio ninguna enfermedad grave salvo que en la realización de la cesárea se produzca una inesperada evolución que afecte al desarrollo de la misma. Así pues, sea como fuere, el alumbramiento de una mujer genera un permiso por hospitalización para sus familiares de hasta segundo grado. Y ello con independencia de que el parto se produzca, o no, mediante cesárea, pues el criterio debe ser exactamente el mismo, aunque se trate de un parto sin complicaciones. A estos efectos el TS deja claro que *“aunque es cierto que el parto no merece el calificativo de enfermedad, no lo es menos que, a efectos hospitalarios, el ingreso de la parturienta es como el de cualquier enfermo patológico y tiene por fin la prestación a la misma y al hijo que va a nacer de los servicios hospitalarios precisos en esa situación de riesgo para su vida”.*

En relación con esta materia, recordar que habrá de estarse a los que establecen los Convenios Colectivos sobre el alcance del permiso en cuanto a los grados de consanguinidad y afinidad.

Lo que si resulta necesario traer a colación es el *“dies a quo”*, o día de comienzo del disfrute de tal permiso. En este sentido, la cuestión no termina de estar clara, pero sí que hay que destacar la [STS de 13 de febrero de 2018 (Rº. 266/2016)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bd29c289b983555c/20180316)que interpreta el convenio colectivo de Contact Center, en la que se plantea que el cómputo de los permisos por matrimonio, nacimiento de hijo y fallecimiento de un familiar, se debe iniciar el primer día laborable siguiente al del hecho causante, cuando este hecho sucedieses en día no laborable. En este sentido el TS llega a la conclusión de que efectivamente debe ser así: *“los permisos se conceden para su disfrute en días laborables, pues en días festivos no es preciso pedirlos porque no se trabaja, lo que corrobora el primer párrafo del artículo interpretado al decir que Los trabajadores (…) podrán ausentarse del trabajo, con derecho a retribución (…), ausencia que, según ese tenor literal, carece de relevancia cuando se produce en día feriado. Esta solución la corrobora el art. 37.3 del ET que, al regular el descanso semanal, las fiestas y los permisos dispone que el trabajador (...) podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración. Lo dicho no lo desvirtúa la expresión del Convenio Colectivo que dice "y desde que ocurra el hecho causante", por cuánto la misma indica que el permiso sólo puede disfrutarse a partir del hecho causante y no antes, pues aquí la conjunción "y" es condicional y expresiva de la condición impuesta para el disfrute del permiso: sólo a partir de la producción del hecho que lo motiva. Por ello, el día inicial debe coincidir con un día laborable: el primero que siga al feriado en el que se produjo el hecho causante”.*A conclusión similar llega la [SAN de 15 de junio de 2018 (Rº. 118/2018)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2059f0ff46cc0d32/20180711) en el que se interpreta el Acuerdo de homologación de condiciones para el personal de Tragsatec.

Sin embargo, la [SAN de 13 de junio de 2018 (Rº. 91/2018)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3ff9d0fc387cd632/20180711) que analiza el convenio colectivo de ETT, viene a establecer un matiz al respecto. En este sentido, se viene a distinguir por una parte entre permisos de larga duración, como el matrimonio, al que se reconocen quince días naturales, sin precisar en qué momento se activa el derecho, y, por otra, los permisos cortos, a los que se concede dos o tres días, según el caso, sin precisar tampoco cuando se activa ese derecho. Pues bien, considera que la distinción convencional y legal entre días naturales y días revela que se ha querido dar distinto tratamiento a ambos tipos de permisos. Así la mención de “días naturales” comporta necesariamente que su cómputo incluya días laborables y días no laborables, mientras que la mención “días”, prevista para los permisos de corta duración, debe interpretarse necesariamente como días laborables. En este sentido, también hay que destacar la [STS de 5 de abril de 2018 (Rº. 122/2017)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c3d48d5637c128f4/20180504), en relación con la regulación contenida en el convenio colectivo de la banca y en la normativa interna del Banco Sabadell. Y posteriormente la Audiencia Nacional ha mantenido su criterio en las [SAN de 20 de junio de 2018 (Rº. 94/2018)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/79783c9be48b0de2/20180716) interpretando el convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; y de [28 de junio de 2018 (Rº.105/2018)](http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f90d7262b1a8ebd6/20180717) interpretando el convenio colectivo de Grandes Almacenes.

**4.- Suspensión del contrato por nacimiento y cuidado del menor de la madre biológica y del otro progenitor (anteriormente llamados maternidad y paternidad), así como para la adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento.**

Se trata de los antiguos llamados permisos de maternidad y paternidad. El Real Decreto-Ley 6/2019, hace una equiparación para ambos progenitores de forma que la suspensión del contrato por nacimiento del progenitor diferente a la madre biológica, se iguala al de ésta, y pasa a ser de 16 semanas de suspensión, siendo las 6 primeras e inmediatamente posteriores al parto, obligatorias, a disfrutar de forma ininterrumpida y a jornada completa, y el resto del tiempo (10 semanas), se podrán distribuir a voluntad de cada progenitor. En los supuestos de discapacidad, o nacimiento múltiple, se tendrá derecho a una suspensión adicional de 2 semanas, una para cada uno de los progenitores por cada hijo o hija distinta del primero. Éstas semanas (diferentes a las 6 primeras) pueden disfrutarse hasta que el hijo cumpla 12 meses, por lo que, tanto la madre biológica, como el otro progenitor, podrán decidir cómo utilizar su derecho de la manera que mejor se adecue a sus necesidades personales y familiares. Por ello, el legislador prevé, el uso a jornada completa o parcial (de modo similar a la anterior regulación), y, además, que pueda disfrutarse de forma continuada o por semanas completas.

En todos los casos, el legislador ha previsto la necesidad de que los progenitores tengan que avisar a la empresa con una antelación mínima de 15 días. Lo que si resulta relevante es que se trata de unos tiempos intransferibles, de forma que ahora se impone el disfrute de las suspensiones del contrato por nacimiento de hijo por cada uno de los progenitores. Esta imposibilidad debería implicará necesariamente una mejora y un incentivo a la corresponsabilidad en el cuidado de los descendientes.

Creemos que este apartado puede entenderse mejor con los siguientes cuadros ya que el legislador ha previsto una aplicación progresiva de esta nueva norma durante 3 años consecuenticos:

**A) Suspensión del contrato para progenitores biológicos:**

|  |  |
| --- | --- |
| **2019** (nacimientos a partir de marzo de 2019) | Madre Biológica: 16 semanas:  6 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto a disfrutar a jornada completa y de forma ininterrumpida.  10 semanas de disfrute no obligatorio. 4 de esas 10 semanas se pueden transferir al otro progenitor. Este periodo se puede disfrutar por semanas completas, de forma acumulada o interrumpida. |
| Otro progenitor: 8 semanas:  2 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto a disfrutar a jornada completa y de forma ininterrumpida.  4 semanas de disfrute no obligatorio. Este periodo se puede disfrutar por semanas completas, de forma acumulada o interrumpida, a jornada completa o a tiempo parcial.  Además, se podrá sumar a este periodo de 4 semanas, las 4 semanas que la madre biológica haya transferido, en su caso. |
| **2020**(nacimientos a partir del 1-1-2020) | Madre Biológica: 16 semanas:  6 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto a disfrutar a jornada completa y de forma ininterrumpida.  10 semanas de disfrute no obligatorio. 2 de esas 10 semanas, se pueden transferir al otro progenitor. Este periodo se puede disfrutar por semanas completas, de forma acumulada o interrumpida. |
| Otro progenitor: 12 semanas:  4 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto a disfrutar a jornada completa y de forma ininterrumpida.  8 semanas de disfrute no obligatorio. Este periodo se puede disfrutar por semanas completas, de forma acumulada o interrumpida, a jornada completa o a tiempo parcial.  Además, se podrá sumar a este periodo de 4 semanas, las 2 semanas que la madre biológica haya transferido, en su caso. |
| **2021** (nacimientos a partir del 1-1-2021) | Madre Biológica: 16 semanas:  6 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto a disfrutar a jornada completa y de forma ininterrumpida.  10 semanas de disfrute no obligatorio, pero intransferibles |
| Otro progenitor: 16 semanas:  6 semanas obligatorias inmediatamente posteriores al parto a disfrutar a jornada completa y de forma ininterrumpida.  10 semanas de disfrute no obligatorio. Este periodo se puede disfrutar por semanas completas, de forma acumulada o interrumpida, a jornada completa o a tiempo parcial.  Ninguna semana es transferible. |

b) Suspensión del contrato en supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento:

|  |  |
| --- | --- |
| 2019 (adopciones a partir de marzo de 2019) | 6 semanas obligatorias a tiempo completo y de forma ininterrumpida, a disfrutar por cada uno de los progenitores (12 semanas en total entre los dos). |
| 12 semanas a disfrutar de forma voluntaria e ininterrumpida dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o administrativa. Uno de ellos puede disfrutar de un máximo de 10 semanas, por lo que el otro progenitor podrá disfrutar de 2 semanas. |
| 2020 (adopciones a partir del 1-1-2020) | 6 semanas obligatorias a tiempo completo y de forma ininterrumpida, a disfrutar por cada uno de los progenitores (12 semanas en total entre los dos). |
| 16 semanas en total a disfrutar por ambos progenitores de forma voluntaria e ininterrumpida dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o administrativa. Uno de ellos puede disfrutar de un máximo de 10 semanas, por lo que el otro progenitor podrá disfrutar de 6 semanas. |
| 2021 (adopciones a partir del 1-1-2021) | 6 semanas obligatorias a tiempo completo y de forma ininterrumpida, a disfrutar por cada uno de los progenitores. Deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. |
| 10 semanas más para cada progenitor. Se podrán disfrutar en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los doce meses siguientes a la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. |

Cuadros obtenidos del monográfico Tiempos de Reformas. En Busca de la competitividad empresarial y la cohesión social. Capítulo correspondiente a: Moreno Solana, A., *La nueva regulación de la maternidad y la paternidad: nacimiento, cuidado de menor y corresponsabilidad en el cuidado del lactante en el RD-Ley 6/2019, de 1-3*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

**5.- Permiso para el cuidado del lactante (anteriormente llamado permiso de lactancia) y la nueva Prestación para el cuidado del lactante.**

Se trata de un permiso regulado en el art. 37.4 ET, que también es modificado de manera sustancial por el RD-Ley 6/2019. Lo primero que hay que destacar es el cambio de nombre que recibe el permiso pasando a denominarse permiso para el cuidado del lactante. Una nomenclatura que, por fin, se adapta a lo que ya había dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la razón de ser y la finalidad de este permiso. Y es que “*el referido permiso se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, y se considera actualmente como un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad*” ([STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09, Asunto Roca Álvarez](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-104/09" \t "_blank)).

La segunda cuestión a destacar es que ahora los dos progenitores tienen derecho a ejercer este permiso de forma individual, no como ocurría en la anterior legislación, en la que se trataba de un derecho individual, pero solo uno de los progenitores podía disfrutarlo en caso de que los dos trabajasen.

Y, en tercer lugar, hay que establecer ahora que se trata de un permiso con varias fases:

a) Una primera fase que comprendería la posibilidad de disfrutar de una hora de ausencia del trabajo que se puede dividir en dos medias horas, o sustituir esto por: a) una reducción de jornada en media hora; o, b) por acuerdo con la empresa, o por su determinación en la negociación colectiva, una acumulación de ese tiempo en jornada completas, y todo ello hasta que el menor tenga 9 meses.

b) Se ha añadido con el RDL 6/2019, una segunda fase que consiste en aumentar el permiso de cuidado del lactante hasta que este cumpla 12 meses, eso sí, con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de 9 meses. Esta segunda fase del permiso va acompañada de una nueva prestación de Seguridad Social, la prestación de corresponsabilidad en el cuidado de la lactante regulada en el art. 183, 184 y 185 LGSS, que sólo podrá disfrutar uno de los dos progenitores. Por tanto, cuando ambos progenitores ejerzan este derecho, el permiso para el cuidado del lactante no será remunerado por la empresa desde el mes 9 hasta el mes 12, configurándose sólo como una prestación de SS para uno de los dos progenitores. Ahora bien, para encontrarse dentro de la situación protegida por la Seguridad Social, será necesario acreditar el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante hasta ese momento, mediante certificación de la reducción de la jornada por las empresas en que trabajen los progenitores.

Como ya dijimos anteriormente, quizá el desarrollo reglamentario que la Disposición Final 1ª del RD-Ley 6/2019 prometía en 6 meses, ahora vaya siendo urgente que vea la luz para aclarar muchas de las cuestiones que se plantean en torno a estos permisos y suspensiones del contrato por embarazo y nacimiento de hijo/a.

*Disposición final 1ª. Desarrollo reglamentario.*

*El Gobierno, en el plazo de 6 meses, deberá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo del presente real decreto-ley en las materias que sean de su competencia.*