
La suspensión del contrato de trabajo por embarazo y maternidad: la nueva regulación española

Juan Gorelli Hernández

Profesor titular en la Universidad de Sevilla (España).

1 Introducción: la evolución normativa más reciente y las novedades aportadas por la Ley 39/1999, del 5 de noviembre.

Desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en 1980 las modificaciones del artículo 48.4, que regula la suspensión del contrato por maternidad, adopción y acogimiento han ido sucediéndose a lo largo del tiempo, siendo esta normativa una de las que más modificaciones ha sufrido a lo largo de la existencia del Estatuto de los Trabajadores, lo cual devela un interés por parte del legislador de adaptarse a las necesidades que han venido planteándose desde los ámbitos familiares y laborales.

En la redacción de 1980 sólo establecía como causa de suspensión la maternidad de la mujer trabajadora durante catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada, y pudiendo disfrutarlas exclusivamente la madre. Con posterioridad la Ley 3/1989 introdujo una regulación mucho más moderna que pretendía adaptarse a las nuevas necesidades sociales: amplió la duración de la suspensión por maternidad a las dieciséis semanas actuales, e incluyó el incremento de dieciocho semanas en caso de parto múltiple. Además recogió

expresamente la necesidad del disfrute obligatorio para la madre de las seis semanas posteriores al parto (norma procedente del Convenio 103 OIT). También reconocía el derecho paterno al disfrute de parte del período de suspensión, bien por fallecimiento de la madre, bien el disfrute de las cuatro últimas semanas ininterrumpidas a opción de la madre, y siempre que la reincorporación de 'Esta al trabajo no suponga un riesgo para su salud. Finalmente, incluyó como supuesto de hecho la adopción de menores de cinco años. La duración de la suspensión en caso de adopción era de ocho o seis semanas dependiendo de que el adoptado fuese o no menor de nueve meses; se señalaba también que en caso de trabajar ambos adoptantes, sólo uno de ellos podría disfrutar de la suspensión. Por último, y esto supuso una novedad estructural muy importante en las relaciones entre la regulación laboral y el derecho de la función pública, el legislador optó por homogeneizar el régimen jurídico laboral y funcional en esta materia⁽¹⁾, opción que ha seguido manteniendo en sucesivas reformas y de las que la Ley 39/1999 no es una excepción.

Con posterioridad la Ley 8/1992, de Modificación del Régimen de Permisos a los Adoptantes de un Menor de Cinco años, introdujo en el artículo 48.4 ET como situación protegida por la suspensión, al acogimiento

(1) Sobre esta cuestión; SEMPERE NAVARRO, A.V. *La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica*, RL No.13 de 1989, p.19. También RODRIGUEZ RAMOS, M.J. *El Estatuto de los Funcionarios Públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada: Comares, 1997, p.550.

de menores de cinco años, adaptando la regulación laboral a la normativa procedente del derecho civil. Por último, a través de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se modificó la duración de la suspensión por adopción o acogimiento, al incrementarse hasta 16 semanas cuando el hijo fuese menor de nueve meses.

A este proceso evolutivo se suma la Ley 39/1999, del 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, que introduce todo un conjunto de modificaciones en esta materia:

a) En caso de parto múltiple no se disfrutará de dieciocho semanas, sino que al período ordinario de dieciséis se sumarán dos semanas por cada hijo a partir del segundo.

b) En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste al período de suspensión, y no sólo del período obligatorio.

c) A opción de la madre, el padre podrá disfrutar de una parte determinada de las dieciséis semanas (respetando las seis semanas obligatorias posteriores al parto) y no sólo de las cuatro últimas de dicho período.

d) En caso de disfrute conjunto materno y paterno, su distribución podrá realizarse de forma simultánea o sucesiva.

e) El disfrute de la suspensión podrá realizarse bien en régimen de jornada completa o a tiempo parcial. Aquí se produce la principal diferencia entre el régimen jurídico laboral y funcional, pues no es posible un disfrute a tiempo parcial respecto del personal funcionario.

En cuanto a los supuestos de suspensión por adopción o acogimiento, las novedades son también importantes:

a) Se amplía la edad del adoptado o acogido de cinco a seis años, como requisito para acceder al disfrute de la suspensión, incrementándose incluso hasta la mayoría de edad en casos excepcionales (menores discapacitados o minusválidos, o aquellos que por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes).

b) El período de disfrute de la suspensión será de dieciséis semanas en cualquier caso, independientemente de la edad del adoptado o acogido, incrementándose en caso de adopción o acogimiento múltiples (dos semanas más por cada adoptado o acogido a partir del segundo).

c) En caso de acogimiento se precisa que los supuestos que dan lugar a la suspensión son los de acogimiento preadoptivo o permanente.

d) Al igual que en caso de maternidad, si ambos progenitores trabajan, y se opta por compartir la suspensión entre los dos, podrá realizarse de forma simultánea o sucesiva.

e) También al igual que sucede en caso de maternidad, el disfrute de la suspensión podrá realizarse bien en régimen de jornada completa o a tiempo parcial (aquí debemos reiterar idéntica salvedad a la que ya señalamos en la suspensión por maternidad y que afecta a los funcionarios).

f) Se recogen expresamente determinadas peculiaridades en caso de adopciones internacionales.

2 Finalidad de protección en la suspensión por maternidad: de la protección de la integridad física de la mujer a la integración de nuevos objetivos.

A tenor de la evolución normativa de este tema podemos señalar cómo la suspensión por maternidad se ha ido regulando para hacer frente a nuevos objetivos diferentes de la simple protección de la integridad física de la mujer, necesidad derivada de la realidad biológica que supone el proceso de embarazo, parto y puerperio⁽²⁾.

En un principio esta causa de suspensión estaba prevista ante todo para facilitar la recuperación física de la madre; de hecho, todavía es frecuente hablar de “período de descanso” al referirse a la suspensión por maternidad. Sin embargo, a tenor de su evolución normativa debemos señalar cómo dicho objetivo ha variado; o mejor, a la finalidad inicial se han ido sumando otras. Esto es posible detectarlo teniendo en cuenta el proceso de ampliación de la duración de la suspensión. En la actualidad son dieciséis semanas, aunque ampliable en caso de parto múltiple. ¿A quién

(2) En este sentido ARGÜELLES BLANCO, A.R. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.83.

beneficia dicha ampliación? Desde mi punto de vista al hijo, aunque el sujeto que recibe el derecho es la trabajadora (o en su caso el trabajador), el incremento no ha estado destinado a favorecerlos. Esta afirmación se constata si se tiene en cuenta que el período de disfrute obligatorio posterior al parto se ha mantenido en seis semanas sin que se haya ampliado. En principio el legislador ha previsto un número de semanas destinadas fundamentalmente al cuidado de la mujer: las seis semanas obligatorias⁽³⁾. A partir de aquí el objeto de protección se desplaza hacia el hijo.

También se llega a la conclusión de que junto a la protección de la integridad física hay otros intereses, si se tiene en cuenta que se permite el disfrute paterno (exceptuando las seis semanas obligatorias) de la suspensión por maternidad; más aún, de conformidad a la nueva redacción del artículo 48.4 ET el padre puede disfrutar de un período de suspensión más amplio que el materno (del período de 16 semanas el padre puede disfrutar hasta de 10; es decir, de todo el período que no sea obligatorio). Es especialmente claro que el objetivo es la protección del hijo cuando estamos ante un supuesto de disfrute paterno por fallecimiento de la madre.

De igual modo, se aprecia que el eje de protección va a ser el hijo en caso de adopción o acogimiento, ya que en estos casos no hay un proceso biológico que justifique la necesidad de cuidados para la madre.

Para terminar, hemos de señalar como en las últimas evoluciones normativas de esta regulación aparece un nuevo objetivo o finalidad: hay una aceptación, más aún, incluso se promociona legalmente el acceso al disfrute por parte de los padres. Fundamentalmente hay dos posibilidades: el acceso a la suspensión por fallecimiento de la madre, en cuyo caso podría disfrutar del resto del período de suspensión; de otro lado, el disfrute del padre previa opción materna⁽⁴⁾. En este último caso el padre podrá acceder a todo el período de suspensión, exceptuando las seis semanas obligatorias posteriores al parto.

En el primer supuesto es evidente que el sentido de esta medida es facilitar la protección del hijo recién nacido. En cuanto a la posibilidad de disfrute paterno por opción de la madre, estimamos que la promoción legal del disfrute paterno tiene como finalidad lograr un mejor reparto de las responsabilidades familiares, que no son exclusivas, ni mucho menos, de la madre.

Tradicionalmente las responsabilidades familiares han recaído sobre la mujer, esta es una realidad social absolutamente incuestionable. La necesidad de afrontar las responsabilidades familiares supone en muchas ocasiones un importante obstáculo al acceso de la mujer al mercado de trabajo; más aún, ese obstáculo se manifiesta con toda su fuerza una vez que la mujer ya ha conseguido acceder al empleo, y debe hacer frente a nuevas responsabilidades de carácter familiar. En este sentido no es extraño encontrar situaciones en las que la mujer ha de optar entre seguir trabajando, renunciando en buena medida a la familia, o hacer frente a dichas responsabilidades abandonando el trabajo⁽⁵⁾. Incluso es posible constatar como la situación de embarazo en muchas ocasiones es motivo para no contratar o para extinguir el contrato⁽⁶⁾.

La protección de la mujer no sólo debe realizarse respecto de su integridad física, sino también desde el punto de vista de sus intereses profesionales. Una de las posibles medidas en este sentido es, justamente, fomentar que los padres asuman una parte importante y sustancial de las responsabilidades familiares. En este sentido hemos de recordar cómo la propia regulación legal resalta este objetivo, pues la Disposición Adicional Cuarta establece que “El Gobierno, en el marco de sus competencias, y de acuerdo con los agentes sociales, impulsará campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares y de manera especial se acojan, en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental”. En definitiva, ha de señalarse que en realidad

(3) Así RODRIGUEZ-PIÑERO, M. *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)*, RL No.18 de 1999, pp. 3 y 4.

(4) MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL BEA, A. *La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. En: *Aranzadi Social*, tomo V, 1997, pp. 478 y 479.

(5) RODRIGUEZ-PIÑERO, M. *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)*, RL No.17 de 1999, p.1.

(6) De esta opinión se ha mostrado CAVAS MARTINEZ, F.: “Sexo femenino y responsabilidades familiares son factores que de un modo u otro se presentan estrechamente unidos, y a partir de esta asociación la mujer con responsabilidades familiares tiende a ser expulsada del mercado de trabajo por constituir una mayor carga para las empresas que el resto de los trabajadores”. *Legislación laboral y responsabilidades familiares del Trabajador (I)*. Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En: *Aranzadi Social*, No.7, 1999.

el incremento de posibilidades de disfrute paterno no es sino una medida destinada en realidad a favorecer a la trabajadora. Desde este punto de vista, cabe plantearse si no hubiese sido conveniente haber dado un paso más en esta dirección, y no hacer depender el disfrute del padre de la opción materna, sino del acuerdo entre los progenitores⁽⁷⁾.

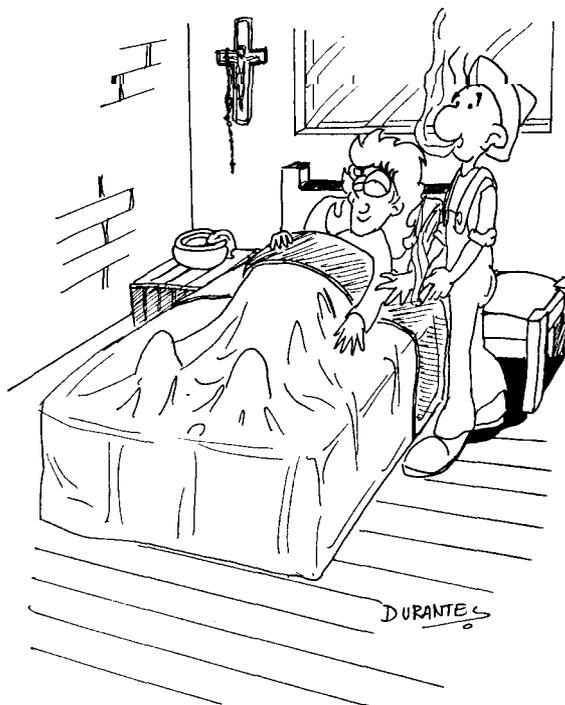
3 Situaciones protegidas.

La suspensión se origina en tres situaciones diferentes:

a) En primer lugar, el supuesto originario: la situación de maternidad. Recordemos que literalmente significa estado o cualidad de quien es madre, lo que supondría que sólo se protege un determinado período posterior al parto. Sin embargo, la situación protegida puede extenderse no sólo a partir del parto, sino en un período inmediatamente anterior al mismo: la madre podrá disfrutar de 16 semanas (o un período superior en caso de parto múltiple) ininterrumpidas, pudiendo ser distribuidas estas en torno al parto, aunque seis semanas han de ser obligatoriamente posteriores a dicho momento. Se podrá proteger un período inmediatamente anterior al parto y el período inmediatamente posterior al mismo, de acuerdo con las facultades maternas de distribución del período de descanso en torno al parto⁽⁸⁾.

b) La adopción. En la adopción no se produce el proceso biológico que da lugar al nacimiento de un nuevo ser; ahora bien, tanto la maternidad como la adopción suponen el establecimiento de una relación de filiación (artículo 108 del Código Civil). Es evidente que la intención del legislador al reconocer la adopción como situación protegida ha sido la de equiparar la filiación natural y la adoptiva, eliminando situaciones que podrían entenderse discriminatorias y desfavorables para los adoptados. En esa dirección, destaca cómo la evolución en esta materia ha llevado

en primer lugar a aceptar la adopción como causa de suspensión a través de la Ley 3/1989, y cómo las sucesivas reformas han equiparado uno y otro supuesto, lográndose una plena equiparación de los efectos en materia de suspensión a través de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.



c) En tercer lugar, tenemos al acogimiento, que consiste en la inserción del menor en una familia diferente a la suya o en un hogar funcional a consecuencia de una situación de desamparo, o bien por el acuerdo y consentimiento de los padres no privados de la patria potestad. La normativa laboral anterior ya consideraba al acogimiento como situación protegida; ahora bien, la regulación civil establece diferentes tipos de acogimiento⁽⁹⁾, lo cual no estaba recogido por la normativa laboral, por lo que se

(7) En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J. *La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, RL No.24 de 1999, p.25.

(8) En este sentido son clásicas las palabras de VIDA SORIA, J., que señalaba que el término maternidad es un “claro supuesto de convencionalismo lexicológico, que resume la referencia al período de embarazo, parto y puerperio”. *Suspensión del contrato de trabajo*. En: VV.AA. *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo IX, Vol. 1, Madrid: EDERSA, 1983, p.52.

(9) El artículo 173 bis prevé diferentes modalidades de acogimiento: el simple, el permanente y el preadoptivo; siendo estos últimos los que se configuran laboralmente como causa de suspensión.

planteaban dudas respecto a qué situaciones de acogimiento estaban protegidas. La Ley 39/1999 resuelve tales dudas, pues recoge expresamente como causas de suspensión a dos tipos de acogimiento: preadoptivo y permanente.

A tenor del artículo 173 bis del Código Civil el acogimiento preadoptivo o previo se configura como un paso previo, aunque no imprescindible para la adopción⁽¹⁰⁾; su finalidad es la de facilitar la mejor adaptación del acogido a la familia a la que está destinado a pertenecer; de ahí que parezca lógico que en estos supuestos se pueda disfrutar de la suspensión del contrato de trabajo. En cuanto al acogimiento permanente, se regula en el numeral 2 del artículo 173 bis, que señala que se acudirá a este tipo de acogimiento cuando por la edad del acogido o bien por otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen, y siempre que así lo informen los servicios de atención al menor. Al tener ese carácter permanente se podrá solicitar al Juez que atribuya a los acogedores las facultades de tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. Es justamente dicho carácter permanente, que supone la inserción del acogido en una nueva realidad familiar y que genera las facultades de tutela en los acogedores, el que acerca este supuesto a una situación de filiación y lo que justifica que el legislador laboral haya optado por considerarlo como nueva causa de extinción.

4 Régimen jurídico de la suspensión por maternidad.

Pasamos ahora al análisis del régimen jurídico de esta causa de suspensión, advirtiendo que vamos a distinguir entre la suspensión por maternidad en sentido estricto y la suspensión por adopción o acogimiento.

4.1 Sujetos que pueden acceder a la suspensión por maternidad.

En cuanto a los sujetos que pueden disfrutar de la suspensión ha de señalarse que con la regulación actual pueden acceder tanto el padre como la madre; ahora bien, no precisamente en situación de plena

igualdad. La madre es titular originaria del derecho, por contra, el padre tiene un derecho secundario, dependiente siempre de la madre.

Prueba de la anterior afirmación es que la madre tiene la titularidad absoluta, indisponible y obligatoria sobre las seis semanas posteriores al parto, no pudiendo ser estas disfrutadas por el padre. Ello es lógico pues la finalidad de este período de descanso es la protección de la integridad física de la persona que ha dado a luz. Sólo hay una posibilidad de disfrute paterno de este período: en caso de fallecimiento de la madre. También le corresponde a la madre la titularidad exclusiva de aquellas semanas de suspensión que se establezcan antes del parto.

En cuanto al período de suspensión no obligatorio posterior al parto (el que pueda existir a partir de la finalización de las seis semanas obligatorias posteriores al parto), la titular originaria es la madre. El padre podrá acceder al disfrute sólo si la madre opta por dicha posibilidad. Este papel subordinado a la titularidad maternal se refuerza por el hecho de que se exige como requisito para el disfrute paterno que la reincorporación de la madre no signifique un riesgo para su salud. De nuevo surge aquí la finalidad de protección de la integridad física de la madre. Este es justamente el elemento que explica el porqué en la maternidad la madre ocupa siempre esta posición de predominio respecto del padre; cuestión distinta es que teniendo en cuenta los nuevos objetivos que hoy podemos reconocer en la suspensión por maternidad, dicha titularidad originaria debe ser puesta en cuestión, al menos en lo referente al período posterior a las seis semanas obligatorias. Así, en base a las finalidades de protección familiar y de reparto de las responsabilidades familiares entre padre y madre, es criticable que se haya mantenido en la nueva redacción del artículo 48.4 ET el derecho de opción materno⁽¹¹⁾. Hubiese sido conveniente su sustitución por la posibilidad de un disfrute paterno sin condicionamientos.

En resumen, cabe afirmar, que en el caso de la suspensión por maternidad, la madre ocupa una posición de privilegio o principal respecto de las posibilidades de disfrute paterno, lo cual se explica

(10) IGLESIAS REDONDO, J.I. *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs, 1996, p.347.

(11) En este sentido CAVAS MARTINEZ, F. *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. En: *Aranzadi Social*, No.8 de 1999, p.15.

por motivos puramente biológicos⁽¹²⁾. Ahora bien, debe resaltarse como este papel preponderante se prolonga más allá del período específicamente establecido para la recuperación física postparto de la madre, y se extiende y se deja sentir a todo lo largo de la suspensión por maternidad. Esta extensión no puede justificarse ya por razones físicas o biológicas, por lo que de cara al futuro podría plantearse una profundización en la tendencia a un reparto en situación de igualdad del resto del período de descanso por maternidad que no es de disfrute obligatorio para la madre. Se trataría de revalorizar la posición del padre para que ocupe una posición de igualdad con la madre en dicho período no obligatorio. Naturalmente esta posibilidad deberá respetar que el disfrute paterno y la paralela reincorporación de la madre al trabajo no suponga un peligro para su salud.

4.2 Requisitos para acceder a la suspensión.

Aunque nada se establece directamente sobre esta cuestión en el artículo 48.4 ET, es posible deducir lógicamente la necesidad de cumplir ciertas exigencias relacionadas con la demostración de que el sujeto que pretende acceder a la suspensión cumple con la causa que la origina; es decir, demostración de la situación de embarazo, parto o nacimiento del hijo.

La madre trabajadora podrá disfrutar de la suspensión desde un momento anterior al parto (hasta diez semanas antes), o bien a partir de dicho evento. Teniendo en cuenta esta distinción lo que ha de demostrar la madre es que se encuentra embarazada o que ha dado a luz. Para ello la trabajadora tiene medios documentales que establecen justamente cuál es la fecha prevista de parto, o bien en que momento se ha producido este. Me refiero a los partes expedidos por la entidad gestora de la asistencia sanitaria y que se regulan en el artículo 18 de la orden del 13 de octubre de 1967, que regula la prestación por incapacidad

laboral transitoria (Orden de Incapacidad Laboral Transitoria -OILT-): el parte de pronóstico de embarazo, el parte de pronóstico de parto y el parte de notificación del parto. Especial importancia tendrá el parte de pronóstico de parto en los supuestos en que la trabajadora pretenda iniciar el disfrute de la suspensión con anterioridad al parto, pues a través de él se determina la fecha prevista para el parto. Cuando la pretensión de la trabajadora sea la de iniciar la suspensión a partir del parto, será suficiente con el parte de notificación de parto, en el que se hace constar la fecha efectiva del mismo.

En caso de parto múltiple, habrá de demostrarse el número de hijos nacidos, para así acceder a la ampliación del período de descanso. En este caso creo suficiente aportar la documentación oficial emitida por el facultativo que asiste al parto y que sirve de base para la inscripción registral de los hijos.

Si es el padre (cuando es trabajador) el sujeto que disfruta de la suspensión, hay que señalar dos supuestos distintos: en caso de fallecimiento de la madre y, cuando a opción materna, se le asigna parte del período de las dieciséis semanas. Respecto del primer supuesto, el padre tendrá que demostrar tanto el nacimiento del hijo o hijos (a través de la documentación que antes hemos señalado) y el fallecimiento de la madre (lo cual puede demostrarse a través de la documentación emitida por el facultativo, o bien a través de certificación del Registro Civil). Además, dado que puede hacer uso del período no disfrutado por la mujer, deberá demostrar justamente cuál ha sido la parte que disfrutó el cónyuge fallecido, lo cual puede hacerse bien por certificación de la empresa para la que había trabajado su cónyuge, o bien por certificación del Instituto Nacional de la Seguridad Social de cual fue el momento de inicio de la prestación de seguridad social por maternidad⁽¹³⁾(que coincide con el momento de inicio de la suspensión por maternidad).

(12) CRUZ VILLALON, J. *El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral)*; página 26 del texto original de la conferencia pronunciada en las XI Jornadas del Orden Jurisdiccional Social en Andalucía, organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía.

(13) Se trata de una prestación económica consistente en el abono (durante el período de suspensión) por parte de la Entidad Gestora de la Seguridad Social, de una cuantía económica equivalente al 100% de la base reguladora (que se calcula tomando los salarios del mes natural anterior a la baja por maternidad); es decir, su cuantía es prácticamente idéntica al salario normal de la trabajadora. Para tener derecho a la prestación la madre trabajadora debe cumplir con los requisitos de afiliación y alta ante la Seguridad Social, así como haber cotizado a la Seguridad Social, al menos un total de 180 días en los cinco años anteriores al parto (artículos 133 bis a 133 quinquies de la Ley General de la Seguridad Social).

También cabe la posibilidad de una suspensión paternal por opción de la madre, en este caso, siempre después del parto. En estos supuestos habrá que demostrar en primer lugar el hecho del nacimiento de un hijo. En segundo lugar, el padre sólo podrá disfrutar de la suspensión si tanto él como la madre son trabajadores. Surge así un dato que señala la preeminente posición de la madre: ella accede directamente a la suspensión del contrato cuando está embarazada o ha dado a luz; por contra, los trabajadores que hayan tenido un hijo sólo podrán acceder a la suspensión si es que la madre también desarrolla prestación de trabajo. La lógica de esta exigencia estriba en el hecho de que si la madre no desarrolla prestación de trabajo será ella la que se ocupe de los cuidados del hijo siendo innecesaria la participación del padre.

A tenor de la nueva regulación (que es prácticamente idéntica para trabajadores y para funcionarios), es evidente que cuando el artículo 48.4 ET exige que “el padre y la madre trabajen” no sólo ha de entenderse que se trata de una relación de carácter laboral, sino que con dicha expresión se estará incluyendo también a los sujetos de una relación administrativa. Es decir, el padre puede acceder a la suspensión ex artículo 48.4 ET si la madre es funcionaria, y viceversa⁽¹⁴⁾. En cambio, la jurisprudencia ha rechazado el disfrute paterno cuando la madre es trabajadora autónoma⁽¹⁵⁾.

Además, es necesario que la madre (titular originario del derecho) opte por el disfrute paterno. En buena lógica lo que ocurrirá es que padre y madre habrán decidido de común acuerdo que el padre pueda acceder a la suspensión. A los efectos probatorios del mismo puede acudir al documento de opción por maternidad que ha de cumplimentar la mujer ante la

Entidad Gestora de la Seguridad Social en caso de opción por el disfrute paterno. Para terminar con esta exigencia debemos recordar que la literalidad del precepto exige que la opción se produzca “al iniciarse el período de descanso”. La razón de ser de la norma estriba en la necesidad de que el derecho del trabajador no ocasione excesivas alteraciones a la organización productiva, de ahí que no parezcan admisibles opciones repentinas y sorpresivas.

Por último, para el disfrute paterno se requiere que la reincorporación de la madre a su puesto de trabajo no “suponga un riesgo para su salud”. Obsérvese que esta exigencia no sólo supone que se condiciona el disfrute del padre a que la madre haya recuperado totalmente la salud; además, la madre deberá reincorporarse al trabajo.

4.3 Extensión temporal del derecho a la suspensión por maternidad.

Desde el punto de vista temporal es necesario hacer referencia a tres cuestiones distintas: la duración, su distribución y el carácter interrumpido de la suspensión.

4.3.1 Duración.

No se ha producido una alteración sustancial de la misma: siguen siendo dieciséis semanas. Donde si se ha producido un cambio importante es en la ampliación por parto múltiple. Anteriormente en caso de parto múltiple la suspensión tenía una duración de dieciocho semanas. Con la nueva regulación la suspensión se ampliará “en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo”. Es evidente que la nueva regulación supone una mejora cuantitativa, pues supone que si el parto es gemelar el descanso será de 18 semanas, si son trillizos serán 20 semanas, si son

(14) Recordemos al respecto la temprana opinión de Sempere Navarro, al analizar el texto de la Ley 3/1989, que introducía dicha exigencia, que se ha venido reiterando hasta nuestros días. SEMPERE NAVARRO, A.V., Loc. cit. En este sentido la STSJ de Aragón del 7 de octubre de 1992, Ar 4989.

(15) En este sentido la STSJ de Aragón del 30 de enero de 1997, Ar 614. Ahora bien, cabe plantearse en estos casos, que si los trabajadores autónomos tienen derecho a la prestación de maternidad, en los mismo términos y condiciones que los previstos en los artículos 133 bis y siguientes. LGSS para los trabajadores del régimen general (Disposición Adicional 11 bis de la LGSS), habría que concluir que también podría accederse al disfrute compartido entre padre y madre cuando uno de ellos sea autónomo y el otro trabajador subordinado, y aunque en el caso del autónomo no haya suspensión alguna del contrato. En una dirección parecida se ha movido MIÑAMBRES PUIG, que se ha mostrado favorable a entender que en base al criterio de protección del neonato, ha de realizarse una interpretación amplia de esta exigencia, de manera que pueda acceder el padre a la suspensión cuando la madre desarrolle una prestación de trabajo no amparada por el sistema de Seguridad Social. *La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, No.19. Desde el punto de vista de la prestación por maternidad puede verse la STSJ del 7 de octubre de 1992, Ar 4989. Ver: GORELLI HERNANDEZ, J. *La protección por maternidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.142.

cuatrillizos 22 semanas, etc.

En caso de disfrute paterno por fallecimiento de la madre, la nueva redacción del artículo 48.4 ET señala que el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión. Se sustituye así la cicatera regulación anterior, que sólo concedía al padre en estos casos el resto de las seis semanas obligatorias posteriores al parto. Con la nueva redacción es claro, además, que el supuesto al que se refiere el precepto no es sólo el del fallecimiento materno en el momento del parto, sino en cualquier momento posterior al mismo (con anterioridad defendían una interpretación más amplia)⁽¹⁶⁾, dentro de las 16 semanas de suspensión.

La nueva redacción supone una importante ampliación; incluso es posible que si en el momento del fallecimiento de la madre no hubiese disfrutado de la suspensión, el padre pueda acceder a la totalidad de las 16 o más semanas en caso de parto múltiple. Si la madre disfrutó de parte de la suspensión, el padre podrá hacer uso del período restante. Es evidente que si en estos casos el objetivo de protección es el hijo, sus necesidades de atención y cuidado, era necesario conceder la totalidad del período restante de 16 semanas.

A tenor de la nueva redacción, al desvincularse el disfrute paterno del período de descanso obligatorio para la madre, puede plantearse con más fuerza la opinión de un sector doctrinal que estimaba que en los supuestos de fallecimiento de la madre, el padre puede acceder a la suspensión con independencia de que la madre fuese o no trabajadora; interpretación que se sustentaba sobre todo en la necesidad de facilitar al hijo los cuidados necesarios cuando la madre no puede prestarlos⁽¹⁷⁾.

Por último, debemos referirnos a la duración de la suspensión por maternidad en caso de disfrute paterno cuando se produce la opción de la madre. La regulación ha sido alterada de manera importante en este punto. Bajo la normativa anterior, el padre tan sólo podía disfrutar de las cuatro últimas semanas del período de suspensión. Por contra, la actual redacción

establece que, con salvedad de las seis semanas obligatorias, el padre, a opción de la madre, podrá disfrutar “de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto”. No hay una duración específica, sino que en cada caso deberá establecerse la duración concreta. Teniendo en cuenta que el disfrute paterno sólo puede producirse tras el parto y que la madre deberá descansar obligatoriamente tras el parto seis semanas, eso supone que en el mejor de los casos (y tomando como supuesto una suspensión ordinaria de 16 semanas) el padre podría disfrutar hasta de 10 semanas; es decir, es posible que el padre acceda a una suspensión de mayor duración que la madre. En definitiva, hoy más que nunca puede hablarse de suspensión por maternidad o paternidad. En aquellos supuestos en los que la madre hubiese disfrutado de la suspensión con anterioridad al parto, las posibilidades de que el padre acceda a la suspensión se reducen, pues a la hora de saber cuál es el período del que puede gozar, tendremos que calcular la fracción disponible restando a las 16 semanas no sólo las seis semanas obligatorias posteriores al parto, sino también el período anterior al parto utilizado por la madre. Realizada dicha operación, el resultado será el período que podría aprovechar el padre.

4.3.2 Distribución del período de suspensión a opción de la interesada.

A tenor del artículo 48.4 ET la madre tiene el derecho a distribuir dicho período de descanso. Sobre esta cuestión la nueva regulación no ha supuesto ninguna modificación: la distribución sigue estando sometida a dos condicionamientos. En primer lugar que el disfrute ha de ser ininterrumpido, y en segundo lugar, que la madre ha de disfrutar obligatoriamente de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto. El juego de estos dos requisitos supone que todo el período ha de distribuirse en torno al momento del parto y sin lapsos de tiempo que interrumpan la suspensión.

Teniendo en cuenta que con la nueva regulación se ha introducido como causa de suspensión la situación de riesgo durante el embarazo⁽¹⁸⁾, es

(16) Con anterioridad defendía esta interpretación más amplia SEMPERE NAVARRO, A.V., Op.cit.; p.16; también GORELLI HERNANDEZ, J., *La protección ...*, Op.cit.; p.56. Más recientemente CAVAS MARTINEZ, F. *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II)*..., Op.cit.; p.15.

(17) En este sentido ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G. *Instituciones de la seguridad social*, p.230; también SALA FRANCO, T. y otros. *Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.646.

(18) Se trata de la posibilidad de suspender el contrato de las trabajadoras embarazadas, cuando las medidas adoptadas para proteger a la

perfectamente posible que la trabajadora pase todo el período de embarazo con el contrato suspendido por esta causa, y sólo tras el parto de inicio a la suspensión por maternidad.

El derecho de la trabajadora a distribuir el período de suspensión en función de su propio interés ha sido puesto en cuestión en algún caso a través de la prestación de asistencia sanitaria, pues el artículo 12.1 de la Orden de Incapacidad Laboral Transitoria parece abrir la puerta a la imposición de la prestación seguridad social (y paralelamente la suspensión) a juicio del facultativo de la seguridad social. Ya con anterioridad he tenido ocasión de mostrarme contrario a esta posibilidad y favorable a una interpretación de la polémica en base al artículo 48.4 ET (norma posterior y de rango superior); es decir, manteniendo el derecho de la trabajadora a las facultades de distribución, sin interferencia del facultativo de la seguridad social⁽¹⁹⁾.

4.3.3 Disfrute ininterrumpido del período de suspensión.

Hemos de recordar que el artículo 48.4 ET establece que el disfrute del período de suspensión ha de ser ininterrumpido. Esto supone que los diferentes sujetos titulares de este derecho no pueden detener el período de descanso para volver al trabajo y posteriormente recuperar la suspensión del contrato. Además, en caso de disfrute conjunto de padre y madre, esta exigencia supone que entre el período disfrutado por la madre y el del padre, no puede haber lapsos de tiempo intermedio sin suspensión del contrato.

Sin embargo, al establecer la Ley 39/1999 diversas facultades de disfrute, de manera que el disfrute conjunto de padre y madre puede ser realizado de forma simultánea o sucesiva (cuestión a la que nos referiremos

más tarde), dicha exigencia de disfrute ininterrumpido se refiere tan sólo a los supuestos de disfrute conjunto sucesivo. Si es simultáneo esta segunda acepción del carácter ininterrumpido no se aplica, pues por esencia el disfrute simultáneo supone que ambos tienen su contrato suspendido al mismo tiempo.

4.4 Modalidades de disfrute de la suspensión por maternidad.

Una de las novedades más importantes que ha aportado la Ley 39/1999 es la posibilidad de adaptar el período de suspensión a las concretas necesidades de cada trabajador. Para lograr tal objetivo el legislador ha introducido la posibilidad de optar entre distintas modalidades de disfrute del período de suspensión.

4.4.1 Suspensión simultánea o sucesiva.

En el caso en que la suspensión sea compartida entre la madre y el padre, puede ser simultánea o sucesiva. Hasta ahora la suspensión era siempre sucesiva: la madre optaba por el disfrute paterno y tras la finalización de su período de descanso el padre percibía las cuatro últimas semanas. La única diferencia respecto a la regulación anterior es que no se ciñe ya exclusivamente a las cuatro últimas semanas, pudiendo incrementarse siempre que se respete el derecho de la trabajadora a las seis semanas obligatorias posteriores al parto.

La segunda posibilidad es la suspensión conjunta simultánea; es decir puede iniciarse la suspensión paterna durante el desarrollo del período correspondiente a la madre, coincidiendo así ambos períodos de suspensión. En este caso debemos aclarar que, tal como señala el propio artículo 48.4 en su párrafo cuarto, en caso de disfrute simultáneo, la suma de los mismos no podrá exceder de las 16 o de las

trabajadora en el artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no son eficaces. En resumen y a tenor de lo señalado por el artículo 26.1 y 2 LPRL: cuando los resultados de la evaluación revelen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo el empresario ha de (a) adaptar las condiciones de trabajo (incluida la no realización de trabajo nocturno o a turno); (b) si la adaptación no es posible o pese a la adaptación las condiciones del puesto pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o en el feto, y previa certificación del INSS o de la mutua patronal de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se destinará a la trabajadora a un puesto de trabajo o función diferente (movilidad funcional ordinaria) compatible con su estado; (c) si no existiese puesto de trabajo o función compatible con su estado, será destinada a un puesto no correspondiente a su grupo (movilidad funcional extraordinaria o *ius variandi*). Tan sólo cuando en este último caso el cambio no resulta técnica y objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, se declarará el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

(19) De esta opinión GORELLI HERNANDEZ, J. *La protección ...*, Op.cit.: p.148 y ss. También CAVAS MARTINEZ, F. *Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II)*..., Op.cit.: p.16. Sobre esta cuestión pueden verse las SS.TSJ de Madrid del 16 de mayo de 1990, Ar 1762; Cataluña del 12 de septiembre de 1990, Ar 4271; Cataluña del 23 de mayo de 1991, Ar 3524; Baleares del 7 de mayo de 1992, Ar 2323. Todas ellas favorables a la posición aquí defendida. En contra la STSJ de Galicia del 5 de enero de 1991, Ar 199.

semanas que correspondan en caso de parto múltiple.

Desde nuestro punto de vista esta posibilidad es extremadamente importante y beneficiosa para los intereses familiares. Es posible que al mismo tiempo que la madre aprovecha su período de suspensión, el padre disfrute también de la parte a él correspondiente, facilitando que el período de recuperación física de la madre sea mucho más efectivo al poder ocuparse el padre de los cuidados del hijo. Con la regulación anterior se presentaba el problema de que en los supuestos de especial afectación del parto a la integridad física de la mujer, que probablemente es la situación más clara en la que la mujer requiere de ayuda para poder ocuparse del hijo, se daba la imposibilidad de que el padre disfrutase de la suspensión, pues se exigía la reincorporación de la madre al trabajo (lo cual era imposible dada su situación de postración)⁽²⁰⁾. Este problema puede solucionarse a través del disfrute simultáneo, donde no se exige la reincorporación de la madre.

Por otra parte, es posible que el disfrute simultáneo se produzca también durante el período obligatorio de seis semanas.

La posibilidad de disfrute simultáneo supone la necesidad de introducir modalidades a la regulación de la suspensión por maternidad. Así, hemos señalado antes que el padre sólo puede acceder a la suspensión si la madre se reincorpora al trabajo. Es evidente que esta exigencia tan sólo puede afectar a los casos de disfrute sucesivo pero no cuando es simultánea, pues este se caracteriza por que el padre accede al derecho al mismo tiempo que la madre y sin que ésta tenga que reincorporarse.

Otro de los requisitos que hemos analizado es que la suspensión ha de ser ininterrumpida. Ya hemos visto cual es su significado y como ha de adaptarse tal exigencia a los supuestos de suspensión conjunta simultánea.

4.4.2 Suspensión a jornada completa o a tiempo parcial.

La nueva redacción del artículo 48.4 ET introduce otra modalidad en la suspensión por maternidad, que aparece regulada en el último párrafo del mencionado precepto: “Los períodos a los que se refiere el presente artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo

entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen”. El origen de esta posibilidad se sitúa en la cláusula 2.3-a) del Anexo a la Directiva 96/34, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, a tenor de la cual a los Estados corresponde “decidir si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo”.

(..) la suspensión por maternidad
se ha ido regulando para hacer
frente a nuevos objetivos diferentes
de la simple protección de
la integridad física de la mujer,
necesidad derivada de la realidad
biológica que supone el proceso
de embarazo (...)

Cabe, por tanto, la posibilidad de elegir entre el disfrute a “jornada completa”, que es el que ha venido existiendo hasta esta última reforma y que consiste en aprovechar las 16 o más semanas desde la última hasta la primera sin dedicar ni un sólo minuto al trabajo; pero también cabe optar por un aprovechamiento “a tiempo parcial”, lo que significa que al mismo tiempo que se disfruta de la “suspensión”, se desarrollará el trabajo durante un número determinado de horas. Esto último supone, lógicamente, incrementar el período de “suspensión” proporcionalmente al tiempo de jornada que se preste (si se desarrolla la mitad de la jornada se pasará de 16 semanas a 32, se desarrolla 1/3 de la jornada se incrementará la “suspensión” en poco más de 5 semanas, etc.). En realidad, esta proporción no es correcta, pues tal como vamos a ver poco más adelante, en los casos de maternidad a tiempo parcial, este no puede afectar (desde mi punto de vista) al período de seis semanas obligatorias de disfrute materno posteriores al parto.

En todo caso, para la aplicación de una “suspensión” por maternidad a tiempo parcial han de cumplirse las exigencias recogidas por el artículo 48.4 ET *in fine*. En primer lugar se establece que deberá producirse un acuerdo previo entre los empresarios y

(20) GORELLI HERNANDEZ, J. *La reciente Ley 39/1999...*, Op.cit.; p.24.

los trabajadores afectados. El acuerdo es de carácter individual, lo que parece suponer que se excluye a la negociación colectiva de este ámbito. Parece que la intención de la norma es la de excluir a la negociación colectiva, lo cual es criticable, pues estamos en un ámbito típico de la negociación, pues se trata de fijar condiciones de trabajo⁽²¹⁾.

Esta posibilidad de elegir entre jornada completa o a tiempo parcial puede ser adoptada tanto en caso de disfrute exclusivo de la madre o bien compartido con el padre. Más aún, al no señalarse nada en el precepto, es perfectamente posible que pueda optarse por un disfrute mixto (desde mi punto de vista hay un dato que permitiría defender la posibilidad del disfrute mixto, parte a jornada completa y parte a tiempo parcial). También parece posible que la madre y el padre opten por una modalidad diferente, la primera a jornada completa y el segundo a tiempo parcial. Además, todo ello debería conjugarse con el hecho de que el disfrute conjunto puede ser bien sucesivo o bien simultáneo.

Cabe señalar que a las posibilidades de suspensión a tiempo parcial se debe imponer un límite que, aunque no aparece recogido en el artículo 48.4 ET, se deduce de una interpretación sistemática de la regulación: la madre no podrá hacer un uso a tiempo parcial de las seis semanas obligatorias posteriores al parto; más aún, estimamos que tampoco podrá acceder al disfrute a tiempo parcial en aquellos casos en los que su reincorporación al puesto de trabajo suponga un riesgo para su salud.

Por último, hemos de reflexionar sobre la naturaleza de esta medida. Estimamos que la posibilidad de una “suspensión” a tiempo parcial es radicalmente contraria a la estructura de la suspensión del contrato de trabajo. Recordemos que el principal efecto de la suspensión del contrato de trabajo es la exoneración de las principales obligaciones de trabajador y empresario; es decir, el trabajador no desarrolla la prestación de trabajo y recíprocamente el empresario no paga el salario (en realidad, debería hablarse realmente de suspensión de dichas prestaciones y no de suspensión del contrato de trabajo). Desde este punto de vista no es posible la suspensión parcial del contrato. En realidad hay que interpretar que el legislador ha pretendido introducir la posibilidad de que los beneficiarios opten entre el disfrute de una suspensión por maternidad, o la reducción de la jornada de trabajo durante un plazo de duración

equivalente a la suspensión por maternidad incrementada proporcionalmente a la reducción de la jornada.

5 Régimen jurídico de la suspensión por adopción o acogimiento.

Junto a la importante mejora técnica que supone el establecimiento de los concretos supuestos de acogimiento que dan lugar a la suspensión del contrato, el artículo 48.4 ET también contiene modificaciones en el régimen jurídico de esta suspensión. Estas hacen referencia fundamentalmente a los siguientes aspectos: a) la ampliación de la edad de los sujetos causantes (adoptados o acogidos) que dan lugar al derecho a la suspensión, b) la equiparación entre la duración de esta causa de suspensión y la maternidad con independencia de la edad de los sujetos causantes, y c) se establece una regulación específica para los casos de adopción internacional. Pasamos ahora, sin más dilación, al estudio del régimen jurídico.

5.1 Sujetos que pueden acceder a la suspensión por adopción o acogimiento.

En cuanto a los sujetos titulares del derecho a la suspensión, serán, lógicamente el adoptante o el acogiente. Caso de adopción o acogimiento en el seno del matrimonio, ¿quién tiene derecho a la suspensión del contrato? A diferencia de lo que ocurre con la maternidad biológica ambos progenitores tienen derecho a la suspensión en situación de plena igualdad. No hay, por tanto, un titular originario del derecho (la madre) que en algunos casos y a tenor de su opción, permite que la suspensión sea compartida con el padre, titular subordinado. Muy al contrario tanto el padre como la madre pueden acceder a este derecho en situación de igualdad. Esta diferencia con la maternidad es lógica, pues la integridad física de la madre no es objetivo a proteger en la adopción.

Es posible que el disfrute de la suspensión sea aprovechado sólo por uno de los adoptantes o acogientes; pero también es posible el disfrute conjunto, de manera que los dos accedan a parte del período de

(21) RODRIGUEZ-PIÑERO, M. Op.cit.: pp.7 y 8.

suspensión (debe resaltarse que la jurisprudencia anterior a esta reforma del artículo 48.4 ET estimaba que, a diferencia de la maternidad biológica, no era posible el disfrute conjunto de ambos progenitores en caso de adopción o acogimiento⁽²²⁾). En estos casos de disfrute conjunto, al partir de una posición de igualdad, no hay que acudir a la opción de la madre por el disfrute paterno, sino que deberá producirse un acuerdo entre ambos para repartirse el período de descanso.

5.2 Requisitos para acceder a la suspensión por adopción o acogimiento.

a) Para disfrutar de la suspensión hay que ser trabajador, este es un requisito previo indispensable. En realidad el artículo 48.4 ET no hace mención a esta exigencia, pero si estamos ante una causa de suspensión del contrato de trabajo es evidente que se requiere ser trabajador.

b) En segundo lugar, hay que demostrar que el trabajador cumple con la causa que origina la suspensión por adopción o acogimiento. A diferencia de lo que ocurre con la suspensión por maternidad, que está ligada a la prueba de un hecho biológico como es el nacimiento del hijo, en estos casos estamos ante situaciones en las que o bien (en el caso de la adopción), la filiación se establece a través de una sentencia, o bien (en el caso del acogimiento) la inserción del menor en la familia sin pérdida de las relaciones filiales con los padres biológicos, se realiza a través de una decisión administrativa o judicial⁽²³⁾.

En el caso de acogimiento, además deberá demostrarse que se trata de uno de los tipos de acogimiento que generan la suspensión (preadoptivo o permanente), lo cual se reflejará en el documento escrito de formalización del acogimiento (el artículo

173.2 del Código Civil señala como contenido obligatorio del documento de formalización la modalidad del acogimiento) o en la sentencia.

Hay que señalar además dos importantes especialidades derivadas de la adopción internacional. De un lado, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 39/1999 señala que se considerarán “jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación”. Es decir, la resolución judicial o administrativa puede proceder de un país extranjero. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que para que una adopción extranjera despliegue plenos efectos en nuestro país ha de ser inscrita en el Registro Civil o en el consulado correspondiente⁽²⁴⁾, y a tenor de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha inscripción supone una auténtica convalidación de la resolución extranjera⁽²⁵⁾.

Hay una excepción a la necesidad de que el trabajador demuestre que se ha realizado la adopción para iniciar el disfrute de la misma. Me refiero a la adopción internacional, pues la nueva redacción del artículo 48.4 ET establece que en estos casos “cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión (...) podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción”. En estos casos no es necesario que se haya constituido la adopción para iniciar la suspensión, será suficiente que el trabajador demuestre la necesidad de acudir al extranjero por necesidades impuestas por dicha regulación.

(22) Se estimaba, además, que no existía una situación discriminatoria, al darse un elemento objetivo que facilitaba la diferencia: el hecho de que en un caso la filiación es natural y en el otro depende de un acto jurídico; así la STSJ de Castilla y León del 13 de octubre de 1998, Ar 3791.

(23) El acogimiento se constituirá por resolución judicial en los casos en que los padres o tutores del acogido no presten su consentimiento al acogimiento o se opongan al mismo (artículo 173.3 Código Civil); en el resto de supuestos parece que se constituye por resolución administrativa. Ha de advertirse que en estos casos el acogimiento no se produce realmente a través de la decisión administrativa, sino que es un acogimiento convencional, pues requiere el consentimiento de la entidad pública (tenga o no la tutela o guarda), las personas que perciban al menor, el propio menor si es mayor de doce años, los padres, cuando fueran conocidos y no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, formalizándose por escrito. Parece necesario, por tanto, entender que cuando el artículo 48.4 ET habla de la decisión administrativa de acogimiento, ha de referirse al consentimiento que otorgará la autoridad pública tras el previo consentimiento de los padres (si tienen la patria potestad) o el tutor y de las personas que van a recibir al acogido.

(24) ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., *Adopción internacional*, Madrid: Colex, 1998, p.143.

(25) *Ibid.*

c) En tercer lugar, para acceder a la suspensión se requiere que el sujeto causante (el adoptado o acogido) ha de contar con una edad inferior a seis años, lo cual supone elevar un año la edad respecto de la regulación anterior. Esta exigencia se rompe en circunstancias especiales, nos referimos a los supuestos de adopción o acogimiento de discapacitados o minusválidos, o que en base a sus experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar. En estos casos se podrá acceder a la suspensión cuando el adoptado o acogido sea menor de edad, lo cual supone elevar enormemente la edad y ampliar así este derecho en beneficio de la familia.

d) Como requisito específico para los supuestos de ampliación de la edad del adoptado o acogido, el artículo 48.4 ET menciona que se mantendrá el derecho a la suspensión aunque sean mayores de seis años, “cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por su circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes”. Surge así la necesidad de acreditación de tales circunstancias a través de los servicios sociales ya sean los de carácter estatal (el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales), o en su caso los transferidos a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia⁽²⁶⁾.

e) Otro requisito específico y no general hace referencia a los supuestos de disfrute conjunto de madre y padre. Con la nueva redacción del artículo 48.4 ET es posible una suspensión conjunta, si bien es requisito indispensable que ambos cónyuges trabajen. Es evidente que estamos ante una situación que se configura como causa de suspensión del contrato de trabajo, luego se requiere la existencia de la relación de trabajo. En todo caso, debemos recordar que cuando el legislador establece la exigencia de que ambos trabajen, hace referencia no sólo al desarrollo de una actividad de trabajo subordinado, sino que también incluimos a los funcionarios públicos, tal como ya hemos tenido ocasión de reiterar anteriormente. Además, se exige que la suspensión conjunta sea ininterrumpida, requisito que debemos interpretar en

el mismo sentido que con anterioridad hemos señalado para la suspensión por maternidad.

5.3 Duración de la suspensión por adopción o acogimiento.

En cuanto a la duración, la novedad más importante es que, a estos efectos, se produce una absoluta equiparación de la adopción o acogimiento a la maternidad: se suprime la anterior regulación, que al fijar la duración distinguía los supuestos en función de la edad del adoptado o acogido; bajo la regulación actual el dato de la edad del adoptado o acogido deja de tener importancia (siempre que sea menor de seis años, claro) pues en cualquier caso la duración de la suspensión será de dieciséis semanas. Se confirma así una de las líneas de desarrollo que antes hemos puesto de manifiesto: la homogeneidad del régimen jurídico de la suspensión por adopción o acogimiento y la suspensión por maternidad. Dicha homogeneidad se ha ido produciendo a través del acercamiento de la normativa de la suspensión por adopción o acogimiento a la de la maternidad. Además, esta línea de desarrollo se ha fortalecido aún más con la introducción de otra novedad: la aceptación expresa por parte del legislador de que la adopción o el acogimiento puedan ser múltiples (se adopte o acoja al mismo tiempo a más de un hijo). En este caso se aplica la misma fórmula que hemos estudiado en el caso de la maternidad: incremento de las dieciséis semanas en dos más por cada hijo a partir del segundo. Desde este punto de vista pueden reiterarse hoy las palabras de Sempere, que al analizar la Ley 3/1989, afirmó que la intención del legislador era la de introducir una asimilación “entre el nacimiento biológico e incorporación *ex novo* al ámbito familiar”⁽²⁷⁾.

Recordemos que estas semanas se computarán a partir de la sentencia judicial en el caso de la adopción, o de la decisión administrativa o judicial en caso de acogimiento. En el caso del acogimiento puede plantear algún problema la alternativa entre computar la suspensión desde la decisión administrativa o judicial. En caso de decisión judicial no hay realmente dificultades interpretativas relevantes: si los padres o tutores del acogido no consienten, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el juez. Los problemas se plantean en caso de resolución administrativa.

(26) En este sentido los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1971/1999, del 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

(27) Op.cit.; p.14.

Debemos resaltar que, salvo los supuestos de acogimiento judicial, normalmente el acogimiento se instrumentaliza de forma convencional (artículo 173.2 Código Civil); es decir, por acuerdo de los interesados: la administración pública, las personas a cuya familia estará destinado el acogido y los padres (si tienen la patria potestad) o tutores del acogido (incluso del acogido si es mayor de 12 años). Debemos entender, por tanto, que la resolución administrativa es aquella en la que otorga su consentimiento a la acogida, previo acuerdo del resto de sujetos interesados.

Hemos de destacar que puede producirse un importante problema interpretativo en relación a los casos de adopción o acogimiento a mayores de seis años. Antes hemos señalado la necesidad de que en estos casos se acredite por los servicios sociales correspondientes las dificultades de inserción social y familiar. Pues bien, puede ocurrir que dicha acreditación no encaje con la regla a tenor de la cual las dieciséis semanas se computan a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o la resolución judicial de adopción, ya que es posible que en dicho momento no se tenga la acreditación de los servicios sociales, lo cual imposibilitará el acceso a la suspensión. Parece que en estos casos la regla de inicio de la suspensión deberá entenderse con flexibilidad y que habría que esperar a la obtención de dicha acreditación para dar inicio a la suspensión.

También relacionado con el momento de inicio del período de suspensión, está la cuestión de las adopciones internacionales: ha de recordarse que las 16 semanas pueden empezar a computarse, no desde la resolución pertinente, sino hasta cuatro semanas antes. A mi juicio esta posibilidad plantea algunos problemas prácticos. Por ejemplo, si el trabajador es requerido por las autoridades extranjeras pertinentes, es perfectamente posible que el empresario se resista ante un documento o notificación que no procede de un organismo público español; por lo que parecería conveniente que la autoridad competente española vise de alguna manera dicha documentación. Por otra parte, ¿cómo es posible saber con cuatro semanas de antelación la fecha exacta de la resolución que constituirá la adopción? Es evidente que esta posibilidad requiere de una interpretación absolutamente flexible. Mas aun, ¿qué ocurrirá en los

casos en que el trabajador disfrute de la suspensión durante estas cuatro semanas, pero posteriormente la adopción no se lleva a cabo? Parece que en estos casos estas cuatro semanas deben considerarse como período de suspensión, aunque no se efectúe la adopción⁽²⁸⁾.

Relacionado con la duración de la suspensión hemos de señalar al tema de la distribución de dicho período. Parecería que el legislador deja un margen de decisión al trabajador al señalar que las dieciséis semanas serán “contadas a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción”. En realidad el ámbito de decisión que concede el legislador es muy reducido: se limita a la posibilidad del acogimiento preadoptivo (lo mismo podría decirse en caso de acogimiento permanente que finaliza en una ulterior adopción). Si el trabajador tiene la intención de adoptar, podrá decidir si disfruta de la suspensión a partir del acogimiento, o posteriormente, al constituirse la adopción.

Otra posibilidad en la que se plantean facultades de distribución para adoptantes o acogientes es en el caso de disfrute conjunto: en estos supuestos el período de dieciséis semanas se distribuirá a opción de los interesados, que decidirán quién inicia el disfrute, o si será simultáneo, y cuál será la duración de cada período.

De otro lado, al igual que ocurría en la suspensión por maternidad, el disfrute ha de ser ininterrumpido. Literalmente el artículo 48.4 ET en su párrafo tercero señala que la suspensión “tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas”. Esto significa que no será posible que el beneficiario pueda detener la suspensión, reincorporarse al trabajo, y recuperar posteriormente el período no disfrutado. Además, en caso de disfrute conjunto también se exige que sea ininterrumpido. Ya hemos señalado que en este caso, al significado anterior ha de añadirse otro: que entre el período disfrutado por padre y madre no debe existir lapso de tiempo alguno.

5.4 Modalidades.

Otra de las muestras de asimilación entre la suspensión por maternidad y la suspensión por adopción o acogimiento es que el legislador haya introducido diferentes modalidades de disfrute que afectan a todas estas causas de suspensión, de manera que en el caso de

(28) Sobre estas cuestiones, GORELLI HERNANDEZ, J. *La reciente Ley 39/1999* ..., Op.cit.; p.28.

adopción o acogimiento el disfrute conjunto puede ser sucesivo o simultáneo, y a jornada completa o a tiempo parcial. En líneas generales debemos aplicar aquí las mismas conclusiones a las que llegamos al analizar la suspensión por maternidad. En todo caso parece necesario hacer alguna puntualización:

a) En primer lugar, en caso de disfrute conjunto, no se verá reducido ni por la exigencia de que se produzca sólo después del parto, ni por el hecho de que la madre tenga que disfrutar de seis semanas obligatorias con posterioridad al parto. Es evidente que en la adopción o en el acogimiento no se produce tal hecho biológico, por lo que las limitaciones por él generadas no son de aplicación.

b) De igual manera, en caso de disfrute a tiempo parcial, no es de aplicación la limitación que antes señalamos para la suspensión por maternidad y que afectaba a las seis semanas posteriores al parto (imposibilidad del disfrute a tiempo parcial durante estas seis semanas); y ello por el mismo motivo que acabamos de señalar en el párrafo anterior.

c) También ha de señalarse que en caso de adopción internacional, si se inicia hasta cuatro semanas antes de la resolución que la constituye (por tener que desplazarse al país de origen del adoptado), será imposible el disfrute a tiempo parcial, y será muy complicado el disfrute conjunto sucesivo. ^{AB}