

EL PADRE Y EL PERMISO POR MATERNIDAD BIOLÓGICA. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA CUARTA) DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013. ASUNTO C-5/12

Father and biological maternity leave. review of the judgment of the court (Fourth Chamber) of 19 September 2013. Case C-5/12

M^a TERESA VELASCO PORTERO
Profesora Titular de Área. Acreditada profesora de Universidad Privada
Universidad Loyola Andalucía
tvelacoportero@gmail.com

El pronunciamiento que nos ocupa [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013, (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Lleida — España) — Betriu Montull, Marc/Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), asunto C-5/12] viene a confirmar desde la Alta Corte europea la diferente naturaleza que tiene el permiso por maternidad biológica con respecto a otros permisos parentales y derechos de conciliación familiar y laboral. Dicha distinción ya fue mantenida por el Tribunal Constitucional español en este mismo asunto (STC 75/2011 de 19 de mayo de 2011), y en ella se han basado ambos Tribunales para considerar la inexistencia de discriminación en el hecho de que la legislación laboral española anterior a la Ley Orgánica de Igualdad (LO 3/2007) otorgase la titularidad del derecho a la suspensión por maternidad biológica exclusivamente a la madre (de manera que si esta no trabajaba o no tenía derecho a la prestación por maternidad, el padre no tendría derecho alguno).

A nuestro juicio, este es el aspecto más trascendente de la resolución, ya que la normativa nacional que dió lugar al planteamiento de las cuestiones principales ya ha sido modificada, por lo que el fallo de la sentencia no tiene en este caso el efecto de dejar sin aplicación la norma impugnada y considerada contraria a la legislación comunitaria.

1. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

La STJ resuelve tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Lleida, que solicitaba al Tribunal de Justicia que se pronunciase sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (Directiva 96/34), y del principio de igualdad de trato consagrado por el Derecho de

la Unión. La petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Betriu Montull y el INSS, en relación con la negativa a concederle una prestación por maternidad debido a que la madre de su hijo no estaba afiliada al sistema público de seguridad social.

Las cuestiones eran las siguientes:

«1) ¿Se opone a la Directiva 76/207 [...] y a la Directiva 96/34 [...] una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la titularidad del derecho al descanso por maternidad, en el supuesto de parto, después de pasado el período de seis semanas posteriores al alumbramiento y a salvo los casos de peligro para la salud de la madre, como derecho originario y autónomo de las madres trabajadoras, y como derivado a los padres de un niño y trabajadores por cuenta ajena, que sólo pueden disfrutar del citado descanso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora y opte por que el padre disfrute de una parte determinada del mismo?

2) ¿Se opone al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo, y retribuida a cargo de la Seguridad Social, en el supuesto de parto, como un derecho originario de la madre, y no del padre, incluso después de pasado el período de seis semanas posteriores al parto y a salvo los casos de peligro para la salud de la madre, de modo que el permiso que tenga un trabajador por cuenta ajena dependa de que la madre del niño también sea trabajadora por cuenta ajena?

3) ¿Se opone al principio de igualdad de trato que impide toda discriminación una Ley nacional, en concreto el art. 48 4º del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce la titularidad originaria del derecho a una suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo, y retribuido por la Seguridad Social, a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando adoptan un hijo, y, por el contrario, no les reconoce un derecho a esa suspensión propio, autónomo e independiente del de la madre, a los padres que trabajan por cuenta ajena cuando tienen un hijo biológico, sino únicamente un derecho derivado del de la madre?

2. EL OBJETO DEL LITIGIO

Estas cuestiones tienen su origen en los siguientes hechos: tras el nacimiento del hijo de la Sra. Ollé y el Sr. Betriu Montull el 20 de abril de 2004 en Lleida, el Sr. Betriu Montull solicitó la prestación por maternidad dispuesta en el artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social, que tiene por objeto compensar la pérdida de salario del progenitor debido a la suspensión de su contrato de trabajo durante el permiso de maternidad, que tiene una duración de dieciséis semanas. La solicitud del Sr. Betriu Montull se refería al período de diez semanas posterior a las seis semanas de descanso obligatorio que la madre debe disfrutar inmediatamente después del parto, establecido en el artículo 48.4, del

Estatuto de los Trabajadores(en adelante, ET). El Sr. Betriu Montull era trabajador por cuenta ajena y estaba afiliado al régimen general de la seguridad social; sin embargo, la Sra. Ollé era Procuradora de los Tribunales, afiliada no al sistema público de seguridad social sino a la Mutualidad General de los Procuradores, mutua profesional ajena al sistema público de seguridad social. En la Mutualidad no existe un permiso de maternidad, sino una indemnización por maternidad. El INSS denegó al Sr. Betriu Montull la concesión de la prestación de maternidad, argumentando que, con arreglo al artículo 133 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 48, apartado 4, del ET (en redacción vigente en aquel momento), el derecho al descanso es originario de la madre incluida en algún régimen público de seguridad social y que, en la maternidad biológica, ese derecho para el padre no es propio, autónomo e independiente del de la madre, sino que, necesariamente, surge por derivación de este último. El INSS afirmó que, en el caso de autos, dado que la Sra. Ollé no estaba afiliada a ningún régimen público de seguridad social, no era titular del derecho originario al permiso de maternidad, con la consecuencia de que el Sr. Betriu Montull no podía tener derecho a un permiso, y, por tanto, a la prestación de maternidad que la acompaña.

El Sr. Betriu Montull interpuso ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida un recurso contencioso-administrativo contra estas resoluciones del INSS, en el que solicitaba el reconocimiento de su derecho a la prestación, alegando, entre otras cuestiones, la vulneración del principio de igualdad de trato, en la medida en que, en el supuesto de adopción o acogimiento de menores de seis años, el artículo 48.4, del ET prevé que el derecho al permiso de maternidad es un derecho originario de los dos progenitores. Mediante auto de 20 de abril de 2005, el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida planteó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores. La cuestión fue resuelta varios años después por la STC 75/2011 de 19 de mayo de 2011, que declaró que el artículo 48, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores (en su redacción anterior a la LOI) no era contrario al artículo 14 de la Constitución, que proclama el principio de igualdad ante la Ley, ni a su artículo 39, que consagra la protección de la familia y de la infancia ni a su artículo 41, relativo al sistema de seguridad social. El TC basó su sentencia en el análisis de la naturaleza del permiso por maternidad en el caso de parto, que históricamente y también en jurisprudencia del TJ tiene como finalidad primordial la de preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales (FJ 8). Señalaba el TC que la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección derivada del art. 39.2 CE, de manera que las

ventajas o excepciones que se determinen para la mujer no pueden ser consideradas discriminatorias para el hombre.

Una vez resuelto este tema, el Juzgado de lo Social nº 1 de Lleida seguía albergando dudas, ahora sobre la conformidad del artículo 48.4 del ET con el Derecho de la Unión, lo que motivó la petición de decisión prejudicial.

3. LAS DUDAS DEL JUZGADO DE LO SOCIAL CON RESPECTO A LA ADECUACIÓN DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL PERMISO Y PRESTACIÓN POR MATERNIDAD CON EL DERECHO DE LA UNIÓN.

Al Tribunal nacional le planteaba dudas el hecho de que la totalidad del permiso por maternidad (no solo las seis semanas posteriores al parto) se considerase un derecho originario y autónomo de las madres trabajadoras, y derivado para el caso de los padres, de forma tal que estos solo podían disfrutarlo cuando la madre del niño también tuviese la condición de trabajadora y optase porque el padre lo disfrutase en parte. Asimismo, tenía dudas respecto a una posible vulneración del principio de igualdad de trato por el hecho de que el propio 48.4 ET reconociese la titularidad originaria del derecho a los padres en caso de adopción de un hijo, y no lo hiciese en el caso de nacimiento de hijo biológico, en que se configuraba como derecho derivado del de la madre.

4. LA ARGUMENTACIÓN DEL TJ SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

El TJ reitera que "el permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones" (parágrafo 50). También señala que es la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (no mencionada en el auto de remisión) la que reconoce el derecho al permiso de maternidad (parágrafos 44 y 45), por encontrarse la trabajadora en una situación de vulnerabilidad no asimilable a la de un hombre o a la de una mujer en situación de incapacidad temporal por enfermedad (parágrafo 49). Considera que el permiso de maternidad establecido en el artículo 8 de la Directiva 92/85 no puede retirarse a la madre contra su voluntad para atribuirse al padre del menor (parágrafo 56), aunque no se opone a que la madre decida que el padre del menor disfrute de todo o parte del permiso de maternidad posterior al descanso obligatorio. Para el TJ, la Directiva 92/85 "tampoco se opone a que tal padre no pueda disfrutar de este permiso en el supuesto en que la madre del menor, que ejerce una actividad por cuenta propia, no es una trabajadora por cuenta ajena y ha decidido no estar afiliada a un régimen público de seguridad social que le garantice dicho permiso. En efecto, esa

situación no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85, que sólo se refiere a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia cuya actividad profesional se ejerza bajo la dirección de un empresario.” (parágrafo 59).

En relación con la Directiva 76/207 (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato), el TJ señala que la controvertida regulación del 48.4 ET establece una diferencia de trato por razón de sexo entre madres y padres trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, la propia Directiva 76/207 puntualiza que ésta no obstará a las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y la maternidad. Por tanto, considera el TJ que, estando claro que la medida del 48.4 ET está destinada a proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él (parágrafo 63), y dado que en el supuesto del litigio la madre del menor no es titular del derecho originario al permiso de maternidad por no ser trabajadora por cuenta ajena, “la Directiva 76/207 no se opone a una medida como la controvertida en el litigio principal”.

En cuanto a la tercera cuestión planteada por el Tribunal nacional, sobre la diferencia de trato para los padres en los casos de nacimiento de hijo biológico y el de adopción, el TJ se declara incompetente, por considerar que se trata de una materia ajena al Derecho de la Unión.

5. EL FALLO

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara “que Las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena, tener derecho a un permiso de maternidad para el período posterior a las seis semanas de descanso obligatorio para la madre inmediatamente posteriores al parto, salvo en el caso de que exista un riesgo para la salud de ésta, mientras que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de seguridad social.”

6. CONSIDERACIONES FINALES

La normativa objeto del litigio fue modificada hace años por la LOI, de manera que actualmente el artículo 48.4 ET establece que “En el caso de

que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre (...). Con esta y otras medidas complementarias, la LOI ampliaba en el año 2007 de forma significativa las posibilidades del padre de ejercer el derecho al descanso por maternidad, que en algunos casos ha pasado a ser de su titularidad y no un ejercicio derivado del derecho de la madre.

Que exista una nueva regulación no resta trascendencia a la doctrina del TJ en esa materia, *que otorga al permiso por maternidad de la mujer trabajadora en su conjunto (y no solo al periodo de descanso obligatorio) una especial consideración basada en su finalidad de "protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto"*. Por tanto, para el Derecho de la Unión, este permiso tiene un tratamiento diferente de los restantes permisos parentales y derechos de conciliación.

Así se explica la diferente solución dada por el propio TJ en el caso de la normativa española que regulaba el permiso de lactancia. Recordemos que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de septiembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia), Pedro Manuel Roca Álvarez/Sesa Start España ETT, S. A. (Asunto C104/09) consideró que era contraria a la igualdad de trato la norma española que regulaba este permiso, ya que establecía que las trabajadoras por cuenta ajena podían ejercerlo en diversas modalidades, y que los hombres solo podían hacerlo en el caso de que ambos progenitores fuesen trabajadores por cuenta ajena. A raíz de esta sentencia se produjo una modificación de hecho de la normativa, que finalmente fue recogida por el legislador en la reforma laboral de 2012, de manera que actualmente el art. 37.4 ET establece que "Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en el caso de que ambos trabajen".

La solución dada para el permiso de lactancia no puede trasladarse al permiso de maternidad, por su diferente naturaleza.