

La protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre

Maternity leave for private freelance lawyers and the entitlement to parental leave by the father

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

MAGISTRADO ESPECIALISTA DE LO SOCIAL – TSJ/GALICIA

DOCTOR EN DERECHO / GRADUADO SOCIAL

PROFESOR ASOCIADO DERECHO PROCESAL UNIVERSIDADE DA CORUÑA

RICARDO PEDRO RON LATAS

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

MAGISTRADO SUPLENTE – TSJ/GALICIA

Resumen

En este artículo se analiza la protección por maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión. En primer lugar, se aborda la problemática relativa al sistema electivo de protección social, ya que mientras las abogadas afiliadas al RETA pueden dejar de trabajar y percibir un subsidio de pago periódico en caso de maternidad, las afiliadas a cualquiera de las distintas mutualidades de previsión social sustitutorias existentes cuentan con un sistema de protección raquítico. En último término, se analiza el posible disfrute paterno del descanso por maternidad cuando la madre se encuentra en el libre ejercicio de la abogacía.

Abstract

This article analyses the maternity protection of private freelance lawyers. First of all, the problem related to the elective system of social protection is addressed, since while lawyers affiliated to the RETA can stop working and receive a periodic payment subsidy in case of maternity, the affiliates to any of the different mutual societies providing social welfare substitutes have a meagre protection system. Lastly, the possible paternal use of maternity leave is analysed when the mother is a freelance lawyer.

Palabras clave

Prestación por maternidad; Abogacía; Sistema de Seguridad Social; Mutualidades sustitutorias; Trabajadores autónomos

Keywords

Maternity benefit; Legal profession; Social Security System; Mutual societies subsidies; Self-employed

1. DE LA EXCLUSIÓN DE LA ABOGACÍA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LA AFILIACIÓN OBLIGATORIA CON POSIBILIDAD DE OPTAR POR MUTUALIDAD ALTERNATIVA.

Inicialmente construido sobre el trabajo por cuenta ajena¹, el Sistema de Seguridad Social diseñado por la Ley de la Seguridad Social de 1966² dejaba fuera a los abogados en el

¹ Y es que, como afirma Antonio José PIÑEROA DE LA FUENTE, “la inclusión de los denominados trabajadores por cuenta propia o autónomos en el ámbito de la protección social, entendida como protección específica, no fue del todo pacífica y sí tardía en comparación con otros colectivos”, recordando al respecto que “los seguros sociales que arrancan de la mano del canciller Von Bismarck en 1883 se configuran en torno a una figura, la del trabajador por cuenta ajena: su propia estructura, tripartita en la financiación, presupone la existencia de un (...)”

ejercicio libre de la profesión –y, en general, a cualquier profesional liberal colegiado–, sin perjuicio de que colectivamente pudieran articular (o mantener) una protección social a través de una mutualidad profesional voluntaria –como precisamente ocurría con la Abogacía³–. La creación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos a través del Decreto 2530/1970, de 20 agosto⁴, no alteró esa situación, pues no incluía a los profesionales liberales colegiados del campo de aplicación de ese Régimen Especial. Se posibilitaba, sin embargo, la integración colectiva de “aquellos otros grupos de trabajadores por cuenta propia o autónomos que pueda disponerse por Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y oída la Organización Sindical”⁵, lo que en efecto acaeció con algunos –no muchos– colectivos profesionales⁶. Posteriormente, el Real Decreto 2504/1980, de 24 octubre⁷, modificando el Decreto 2530/1970, flexibilizó las condiciones de la integración de aquellos trabajadores autónomos que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un colegio o asociación profesional, estableciendo que “se llevará a cabo a solicitud de los órganos superiores de representación de dichas entidades y mediante orden ministerial”⁸. Aunque este sistema permitió la integración colectiva en el RETA de más de 40 profesiones⁹, ello no acaeció con la Abogacía; ni con otros colectivos con mutualidades voluntarias sustitutorias del RETA¹⁰.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre¹¹, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, inició una nueva etapa de afiliación voluntaria al Régimen Especial –que sí afecta a la Abogacía, así como a los otros colectivos con mutualidades voluntarias sustitutorias del RETA–, aunque manteniendo, en su disposición adicional 15^a, la posibilidad de afiliación a una mutualidad de previsión social sustitutoria en determinadas circunstancias. Posteriormente –y a los efectos de evitar carencias de protección muy notables con el RETA–, la Ley 27/2011, de 1 de agosto¹², en su disposición adicional 46^a, ha obligado a esas mutualidades a garantizar un mínimo de cobertura a los profesionales en ellas afiliados.

empresario para su viabilidad”, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (La cobertura del RETA)*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 25.

² Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, BOE de 22 de abril de 1966.

³ La Mutualidad General de la Abogacía fue creada en 1948 por todos los colegios de abogados de España (más ampliamente, sobre su trayectoria histórica véase www.mutualidadabogacia.com). Alter Mutua – Mutua de Previsión Social para Abogados nació en 1840 como una institución sin ánimo de lucro, convirtiéndose en la entidad aseguradora de los abogados catalanes (véase www.altermutua.com).

⁴ BOE de 15 de septiembre de 1970.

⁵ Art. 3, apartado 4, de la redacción originaria del Decreto 2530/1970.

⁶ El primero de esos colectivos fueron los graduados sociales a través del Decreto 2551/1971, de 17 de septiembre (BOE de 25 de octubre de 1971), desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo de 10 de abril de 1972 (BOE de 19 de abril de 1972). Pero apenas se pueden citar tres colectivos más integrados por decreto –agentes de seguros, farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, y agentes de seguros–. Sobre ellos, ver Antonio José PIÑEROA DE LA FUENTE, *La Seguridad ...*, obra citada, págs. 80 y 81.

⁷ BOE de 18 de noviembre de 1980.

⁸ Art. 3, último párrafo, de la redacción vigente del Decreto 2530/1970.

⁹ Un listado exhaustivo de todas las profesiones incluidas en el RETA lo podemos consultar en el *Memento Práctico de Seguridad Social 2017*, Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, marginal 5637.

¹⁰ A saber, procuradores, gestores administrativos, arquitectos superiores y químicos, aparejadores y arquitectos técnicos, ingenieros civiles, ingenieros industriales, ingenieros técnicos industriales, médicos.

¹¹ BOE de 9 de noviembre de 1995.

¹² BOE de 2 de agosto de 2011.

Son esas dos disposiciones adicionales –la 15ª de la Ley 30/1995 y la 46ª de la Ley 27/2011– las que han pasado a configurar las vigentes disposiciones adicionales 18ª y 19ª de la Ley General de la Seguridad Social¹³, en las que –como excepción a la regla general de que quienes trabajen por cuenta propia se encuadran obligatoriamente en el RETA– se permite –conforme con la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995– la afiliación de los profesionales liberales colegiados a mutualidades de previsión social sustitutoria en determinadas circunstancias, cuales son:

- Cuando se trate de colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la mutualidad de previsión social que pudiera tener establecida el correspondiente colegio profesional, siempre que la citada mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre¹⁴. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.

- Cuando se trate de profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos colegios profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una mutualidad de las amparadas en el citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en este régimen especial, siempre que los interesados no hayan voluntariamente optado, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado régimen especial.

Tanto en uno como en otro caso, las mutualidades de previsión social sustitutoria –en concordancia con la disposición adicional 46ª de la Ley 27/2011– deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, y entre otras contingencias cubiertas, la de maternidad. Las prestaciones que otorguen, cuando adopten la forma de renta, habrán de alcanzar un importe no inferior al 60 por ciento de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el sistema de la Seguridad Social o, si resultara superior, el importe establecido para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Si tales prestaciones adoptaran la forma de capital, en ningún caso este podrá ser inferior al importe capitalizado de la cuantía mínima establecida para caso de renta.

Bajo las condiciones explicitadas en las disposiciones adicionales 18ª y 19ª de la Ley General de la Seguridad Social, en la Abogacía y en otras varias profesiones liberales colegiadas, cabe la posibilidad de optar por la cobertura a través de una mutualidad de previsión social sustitutoria, que en el caso de la Abogacía son la Mutualidad de la Abogacía y Alter Mutua – Mutua de Previsión Social para Abogados¹⁵. Ahí está el origen de las

¹³ Aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).

¹⁴ BOE de 15 de enero de 1986.

¹⁵ Para los demás profesionales a que se ha hecho referencia en la anterior nota 10 son respectivamente: Mutualidad de Previsión Social de Procuradores de Tribunales de España; Mutualidad de Gestores Administrativos; Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores (HNA), que absorbió a la Mutualidad General de Previsión Social de Químicos Españoles; Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija; Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos (...)

diferencias de cobertura de la maternidad entre las abogadas afiliadas a la Mutualidad de la Abogacía o a Alter Mutua, con respecto a las abogadas afiliadas al RETA, que pasaremos a analizar a continuación, analizando la posibilidad de cesión al padre del descanso por maternidad de las abogadas.

2. DIFERENCIAS DE COBERTURA DE LA MATERNIDAD EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y EN LAS MUTUALIDADES ALTERNATIVAS.

Mientras las abogadas afiliadas al RETA pueden dejar de trabajar y percibir un subsidio de pago periódico en caso de maternidad¹⁶, las afiliadas a cualquiera de las distintas mutualidades de previsión social sustitutorias existentes, hasta hace no mucho, no percibían nada y, en el momento actual, las abogadas perciben un pago único a tanto alzado¹⁷.

2.1. Regulación de la prestación por maternidad para las abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía.

La lectura de los Estatutos de la Mutualidad General de la Abogacía y su Reglamento de aportaciones y prestaciones provoca en el jurista un fenómeno de atavismo. El hecho de que ambos hayan sido aprobados por la Asamblea General de Mutualistas en el año 2017 no supone desvirtuar esa desazonadora impresión. Basta con acercarse al artículo 10 de los Estatutos para percatarse de que la realidad sociocultural que vivimos no ha impregnado la redacción de la norma protectora de las abogadas españolas. El hecho de que se siga identificando la maternidad como una especie concreta de protección social dentro del género de la incapacidad temporal nos permite concluir lo añejo y desfasado de esa normativa protectora.

Y es que, al contrario de lo que sucede en el ámbito de la Seguridad Social, donde (bien sabido es) la maternidad ha dejado de estar incluida en el ámbito de la incapacidad temporal desde hace más de cuatro lustros¹⁸, en la Mutualidad General de la Abogacía la maternidad sigue configurada como situación protegida dentro de la contingencia de incapacidad temporal, al menos así se manifiesta el artículo 10 de los Estatutos, expresando que la “Mutualidad cubre las contingencias de ... incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo del embarazo”.

Sin embargo, la culpa de esta áspera redacción no resulta ser toda ella de los Mutualistas pues –aunque podrían haber mejorado la redacción de la norma legal– los Estatutos se limitan a recoger *ad peddem litterae* lo dispuesto en la disposición adicional 19ª de la LGSS, relativa al ámbito de protección de las mutualidades de previsión social

(PREMAAT); Asociación Mutualista Ingeniería Civil (AMIC); Mutua de Ingenieros Industriales; Mutua Previsión Social Peritos Ingenieros Técnicos Industriales (MUPITI); Mutua Médica.

¹⁶ Regulado en la Ley General de la Seguridad Social, arts. 177 a 182, 318 y disposición adicional 8ª, y en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en especial arts. 2.4, 3.8, 14.2, 15.1 y disposición adicional 1ª.8.

¹⁷ Su regulación concreta se puede consultar en www.mutualidadabogacia.com para la Mutualidad de la Abogacía, y en www.altermutua.com para Alter Mutua – Mutua de Previsión Social para Abogados.

¹⁸ La LGSS de 1974 (junto con de la 1966) incluía como situaciones de incapacidad laboral transitoria, entre otras, “los periodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad” (art. 126.1.c). La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, configuró la maternidad como contingencia específica desligada de la incapacidad laboral transitoria.

alternativas al RETA, donde se les exige a tales mutualidades ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, las coberturas –entre otras– de incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo.

El desarrollo regulador de la prestación de maternidad contemplada en los Estatutos de la Mutualidad la encontramos –como la de todas las demás prestaciones– en el Reglamento de aportaciones y prestaciones del Plan Universal de la Abogacía. Y la protección a la maternidad se recoge en el artículo relativo a la “incapacidad temporal profesional”. Porque –aunque ya hemos dicho que se podría haber mejorado la redacción de la norma legal– el anacronismo sigue aún presente en la norma profesional.

Conforme dispone el artículo 26.1 del Reglamento, caben dos posibilidades para la cobertura de la maternidad por las abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía. La primera es la posibilidad de que puedan incluir la maternidad y las garantías por adopción y aborto no voluntario en la cobertura de la incapacidad temporal profesional cuando se trate de mutualista que hayan optado por el sistema complementario de acuerdo con el artículo 4.2 de los Estatutos. En cambio –y esta es la segunda posibilidad–, la cobertura por maternidad (según el artículo 26.1 de los Estatutos) resulta obligatoria, debiendo ser contratada junto con la de incapacidad temporal, para las abogadas que hayan optado por la Mutualidad General de la Abogacía en sustitución del RETA, a los efectos de dar debido cumplimiento a la disposición adicional 19ª de la LGSS.

Sea como complementaria o sea como alternativa –aunque obviamente la crítica debe ser más dura si es como alternativa–, la prestación por maternidad, según se establece en el artículo 26.3.c.1 de los Estatutos, es raquítica. La norma comienza su enunciado de manera muy alegre y despreocupada: “la prestación por maternidad o adopción de hijos menores de 6 años cubre la pérdida de ingresos que sufre el mutualista como consecuencia del disfrute de un periodo de descanso por maternidad”. Pero pronto ya nos encontramos con el primero de los problemas, y es que ese hipotético descanso por maternidad (que de facto resulta ser inexistente) solo puede “disfrutarse”, según la norma citada, a “partir de la fecha del parto”, lo que –literalmente interpretado– excluye la posibilidad de descanso preparto y el disfrute a tiempo parcial, limitando en consecuencia las posibilidades de autogestión del tiempo de descanso.

En segundo lugar, la cuantía a percibir resulta insultante y muy desincentivadora. La prestación por maternidad o adopción se corresponde con una suma equivalente a 120 días de la indemnización diaria por enfermedad y accidente y por el importe de indemnización diaria que venga establecido en las condiciones particulares, limitándose este importe total como máximo a una suma total de 3.600 euros para cualquier importe de indemnización diaria contratado. La prestación se abonará en 4 pagos periódicos del mismo importe, uno cada 30 días a partir de la fecha del parto o adopción. O lo que es lo mismo, la prestación por maternidad de las abogadas consiste en cuatro mensualidades después del parto, con un máximo de 900 euros mensuales.

Esta paupérrima protección produce, de hecho, una total desprotección del colectivo femenino que se dedique a la abogacía: ¿qué abogada puede plantearse “disfrutar” la baja por maternidad durante cuatro meses a 900 euros al mes? La solución al conflicto que plantea la

norma podría encontrarse en la posibilidad de ceder al padre el disfrute del descanso por maternidad, una posibilidad a tratar *ut infra* con profundidad.

Otra posible solución la encontramos en una STSJ Castilla-León (Valladolid), de 5 de marzo de 2018¹⁹, y consistiría simplemente en solicitar el alta en el RETA antes del parto, y darse de baja en la Mutuality de la Abogacía. En estos casos, la respuesta del INSS suele ser denegatoria de la prestación, aduciendo una actuación fraudulenta para obtener la prestación; sin embargo, la actuación de la abogada puede resultar ajustada a la ley, ya que, según el tribunal castellano-leonés, “lo que constata la Sala es el mero ejercicio de un derecho, que la ley le reconoce, con motivo de su próxima maternidad, consistente en cambiar su sistema de protección social a otro que le resultaba más beneficioso”. Y es que, “conforme a la disposición adicional 18ª LGSS, la mutualista, por una única vez, puede optar por el RETA como sistema de protección social, sin más condicionantes”, sin límite temporal, y el cambio en ocasiones como la que nos ocupa resulta “lícito, conforme a la ley, y ... vino motivado por un cambio en sus circunstancias personales y familiares, necesidad de prestar cuidados a un recién nacido, tras comprobar que la protección que le dispensaba la mutualidad no cubría, o no lo hacía en la medida de sus expectativas y necesidades, el próximo nacimiento de su hijo, al no poder, o resultar muy difícil, que ninguno de los progenitores se hiciera cargo del cuidado del recién nacido en las primeras semanas de vida, por imposibilidad de la actora de conciliar vida laboral y familiar y no existir posibilidad de cesión del descanso de maternidad al otro progenitor”; es más, también se argumenta que “la elección de un régimen alternativo de protección social es lógico y habitual responda a la búsqueda de mayores ventajas prestacionales y/o asistenciales, y de estar permitida, su ejercicio, salvo circunstancias anormales, no conlleva actuación fraudulenta alguna”.

2.2. Regulación de la prestación por maternidad para las abogadas afiliadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, al hilo de la exposición, las diferencias normativas y jurisprudenciales con la prestación por maternidad del Régimen General.

Un panorama totalmente distinto al de las abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía se aprecia con relación a las abogadas afiliadas al RETA. Según el artículo 318.a) de la LGSS, “será de aplicación a este régimen especial ... en materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en los capítulos VI y VII del título II, respectivamente” (que regulan las prestaciones de maternidad y paternidad en el Régimen General de la Seguridad Social). Hay dos precisiones adicionales. La primera es la de que “los períodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo”. Y la segunda es la de que “los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir los subsidios por maternidad y paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente” –véase la disposición adicional 1ª, apartado 8ª, del RD 295/2009, de 6 de marzo²⁰–.

¹⁹ Rec. núm. 1194/2017 (EDJ 47453).

²⁰ BOE de 21 de marzo de 2009.

Podríamos así afirmar que la cobertura de la maternidad en el RETA está asimilada a la cobertura de la maternidad en el RGSS. Sin embargo, un análisis más pormenorizado de la normativa y de la jurisprudencia nos permite apreciar algunas diferencias en relación con la cobertura de la maternidad entre el RETA y el RGSS que resulta oportuno aquí analizar.

Hay un grupo de tres especialidades normativas estrechamente relacionadas con la naturaleza autónoma de la actividad desarrollada²¹, con lo cual son especialidades que difícilmente desaparecerán en el futuro por mucho que el RETA se quiera aproximar en acción protectora al RGSS²²:

1ª. La primera de esas especialidades, que es común a todas las prestaciones del RETA, es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cuotas con posibilidad de subsanación a través de la invitación al pago²³, la cual se justifica en su aplicación a la maternidad en la misma medida en que se justifica con relación a las demás prestaciones del RETA: “habida cuenta de que quien trabaja por cuenta propia no tiene posibilidad de cotizar por otra persona, parece razonable que el sistema le exija un puntual cumplimiento de su obligación de contribuir a su financiación”²⁴.

2ª. La segunda de esas especialidades es la necesidad de presentación de declaración de situación de actividad “si la entidad gestora lo estima conveniente”²⁵. A los efectos de evitar un exceso de burocracia así como una aplicación desviada de la normativa, la exigencia de esa declaración por la entidad gestora debería estar debidamente motivada, o su justificación cuando menos debería deducirse claramente de los hechos²⁶, pero no debería derivar en una exigencia incondicionada en todos los casos.

3ª. La tercera de esas especialidades se proyecta sobre el descanso en régimen de jornada a tiempo parcial: la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad solo

²¹ Como muy oportunamente nos explica Belén GARCÍA ROMERO, “La protección por maternidad de las profesionales colegiadas: diferencias entre autónomas integradas en el reta o en una mutualidad alternativa”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2017, Vol. II, n.º. 2, pág. 162.

²² Como también muy oportunamente nos explican María Carmen LÓPEZ ANIORTE / María Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 70, 2016, pág. 94.

²³ RD 295/2009, art. 3.8: “En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones ... será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, aunque el subsidio sea reconocido, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 ... cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado en el momento de acceder al subsidio o en el que se cause este”.

²⁴ María Carmen LÓPEZ ANIORTE / María Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, “¿Favorece ...”, obra citada, pág. 85.

²⁵ RD 295/2009, art. 14.2.8º: “Los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, con excepción de los incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, presentarán, si la entidad gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de la actividad”. El RD 1251/2001, de 16 de noviembre, antecedente reglamentario del vigente RD 295/2009, solo exigía la acreditación del cese de la actividad en el supuesto de parto prematuro u hospitalización del neonato subsiguiente al parto, y a los solos efectos de interrumpir la licencia de maternidad –art. 13.4–.

²⁶ Un caso en que sería justificable exigir la declaración de situación de la actividad sería seguramente el caso en que el anterior RD 1251/2001 exigía acreditación del cese de la actividad –ver nota anterior–.

podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100²⁷. También es una norma con lógica pues “el establecimiento de un porcentaje fijo de reducción, en la práctica, tiene efectos fundamentalmente prestacionales, y evita las dificultades de fiscalización de la jornada efectivamente realizada por quien trabaja en régimen de autonomía”²⁸. Por lo demás, la exigencia establecida para el disfrute de la licencia de maternidad a tiempo parcial en el caso de trabajadores por cuenta ajena consistente en llegar a un acuerdo con la empresa, no es aquí aplicable, sino que es el propio trabajador autónomo quien, al solicitar la prestación, deberá especificar el régimen concreto en que se llevará a efecto su disfrute²⁹, siendo esta otra especialidad normativa que es totalmente lógica.

Otra cuarta especialidad normativa resulta menos justificable que las tres anteriores al no estar estrechamente relacionada con la naturaleza autónoma de la actividad desarrollada. Se trata de una especialidad relativamente reciente, pues la introdujo la Ley 6/2017, de 24 de octubre³⁰, de reformas urgentes del trabajo autónomo, mediante la modificación del artículo 318.a) de la Ley General de la Seguridad Social³¹, y cuya entrada en vigor fue pospuesta en su momento hasta el 1 de marzo de 2018³².

Hasta esa fecha, la cuantía de las prestaciones por maternidad del Régimen General y del RETA eran coincidentes, ya que en ambos casos la cuantía resultaba ser, por regla general, la de un subsidio del 100 por 100 de una base reguladora equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes –esto es, el importe de la base de cotización del mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de la incapacidad temporal entre el número de días cotizados³³–, con referencia a la fecha de inicio del descanso³⁴.

A día de hoy, en cambio, la prestación en el RETA consistirá en un subsidio del 100 por 100 –esto no varía– de una base reguladora diaria cuya cuantía “será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas (al RETA) durante los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre ciento ochenta”³⁵. Y “de no haber permanecido en alta en el régimen especial durante la totalidad del referido período de seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización al régimen

²⁷ RD 295/2009, disp. ad. 1ª, apartado 8, párrafo 1: “Los trabajadores por cuenta propia podrán, asimismo, disfrutar los descansos por maternidad y paternidad a tiempo parcial, a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50 por 100”.

²⁸ María Carmen LÓPEZ ANIORTE / María Montserrat RODRÍGUEZ EGÍO, “¿Favorece...”, obra citada, pág. 87.

²⁹ RD 295/2009, disp. ad. 1ª, apartado 8, párrafo 2: “Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los interesados deberán comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3” (donde se establece que el derecho al permiso de maternidad, en régimen de jornada a tiempo parcial, podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso, si bien en caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio).

³⁰ BOE de 25 de octubre de 2017.

³¹ Véase la disposición final 4ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre.

³² Véase la disposición final 13ª de la Ley 6/2017, de 24 de octubre.

³³ Art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

³⁴ Arts. 6.1 y 7.1 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

³⁵ Art. 318.a), párrafo 2º, de la LGSS.

especial acreditadas en los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante entre los días en que el trabajador haya estado en alta en dicho régimen dentro de ese período”³⁶.

Tal cambio normativo en el cálculo de la base reguladora en la mayoría de los casos supondrá una reducción de la base reguladora pues el incremento del periodo de cálculo –de uno a seis meses– tendencialmente conduce a tomar en consideración bases de cotización más lejanas y menores –en especial si en el periodo de seis meses de que se trata se encuentra el 1 de enero, que es cuando se revisan al alza las bases de cotización mínimas por las que usualmente cotizan los autónomos–.

Junto con estas especialidades normativas, la jurisprudencia ha aportado una especialidad flexibilizadora entre la maternidad del RETA y la maternidad del RGSS: las trabajadoras se encuentran en situación asimilada al alta a efectos de maternidad si el parto acaece en los 90 días siguientes a la baja en el RETA, y así se había venido entendiendo en numerosas sentencias antes del RD 295/2009³⁷; aunque el RD 295/2009 no contempla expresamente esa situación de asimilación al alta (y ello podría interpretarse en el sentido de que el plazo de gracia de 90 días no es situación asimilada al alta), la jurisprudencia sigue admitiéndola; y así lo confirma una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014³⁸ con una razón muy sencilla: “que al establecer ... la vigente LGSS que los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a la prestación de maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores por cuenta ajena esta remisión no debe entenderse realizada a toda la normativa del Régimen General, prescindiendo, en absoluto, de las normas específicas del Régimen Especial, derivadas, como es lógico entenderlo así, de las características y singularidades que, respecto del Régimen General, le son propias”.

Históricamente, la jurisprudencia admitía otra especialidad de la maternidad del RETA con respecto a la maternidad del RGSS, aunque esta de carácter restrictivo: mientras en el RGSS siempre se ha considerado situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones de maternidad la llamada incapacidad temporal técnica, esto es, la incapacidad temporal subsistente después de la extinción del contrato de trabajo sin derecho a prestaciones de desempleo o habiéndose estas agotado durante la incapacidad temporal (STS de 03/04/1995³⁹), doctrina jurisprudencial que ha tenido una expresa acogida normativa (RD 295/2009, art. 10.4.2°); antes del RD 295/2009 se negaba la aplicación de esta doctrina al RETA (STS de 05/12/2003⁴⁰). Después del RD 295/2009, la jurisprudencia está tomando otro derrotero dado lo establecido en su artículo 10.4.2°, que, aunque se refiere a la extinción

³⁶ Art. 318.a), párrafo 3°, de la LGSS.

³⁷ STS de 10/12/2002, Rec. núm. 1939/2002 (EDJ 61459); STS de 05/12/2003, Rec. núm. 3897/2002 (EDJ 221275); STS de 26/01/2005, Rec. núm. 3499/2003 (EDJ 13102); STS de 25/01/2007, Rec. núm. 5139/2005 (EDJ 5516); STS de 25/06/2008, Rec. núm. 3432/2007 (EDJ 178555); STS de 05/12/2008, Rec. núm. 2836/2007 (EDJ 291535); STS de 24/02/2009, Rec. núm. 2437/2008 (EDJ 38283); STS de 21/04/2009, Rec. núm. 1126/2008 (EDJ 72866); STS de 12/05/2009, Rec. núm. 3764/2008 (EDJ 120327); y STS de 22/06/2009, Rec. núm. 2390/2008 (EDJ 158165), entre otras más que se podrían citar.

³⁸ Rec. núm. 2546/2013 (EDJ 115897).

³⁹ Rec. núm. 1294/1994 (EDJ 24534).

⁴⁰ Rec. núm. 3897/2002 (EDJ 221275).

del contrato de trabajo, se entiende analógicamente aplicable a la cesación de la actividad autónoma (STS de 19/12/2016⁴¹).

3. EL DISFRUTE PATERNO DEL DESCANSO POR MATERNIDAD CUANDO LA MADRE SE ENCUENTRA EN EL EJERCICIO LIBRE DE LA ABOGACÍA.

Las diferentes regulaciones de las prestaciones de maternidad para las abogadas colegiadas al RETA y a las mutualidades de previsión alternativas –que hemos analizado en las anteriores páginas– han influido decisivamente en la posibilidad y el alcance del disfrute paterno del descanso por maternidad. Al efecto, se deben distinguir varias etapas⁴².

3.1. Primera etapa: desde la negativa a la cesión al padre en todos los casos a su admisibilidad si la madre abogada está afiliada al RETA.

Aunque referida a la cesión del descanso por maternidad por una madre registradora de la propiedad al otro progenitor, la STS de 28 de diciembre de 2000⁴³ sentó una línea argumental que, siendo válida para su supuesto, se extendió incorrectamente. Como en el estatuto profesional de los registradores de la propiedad se regula el descanso por maternidad –arts. 549.g) y 553.e) del Reglamento Hipotecario⁴⁴–, “sin que se haya previsto la posibilidad ... del disfrute compartido de la licencia por el marido de la titular, no es posible acceder a lo pedido en la demanda”.

Si a las registradoras de la propiedad se les negó la cesión porque no se preveía en su estatuto personal, era coherente decir lo mismo para una madre abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía, ya que entonces esta no cubría las prestaciones de maternidad. Y así lo concluyó una STS de 20 de noviembre de 2001⁴⁵. Pero esta STS alcanzaba esa conclusión sobre la base excesivamente genérica de que “la madre ejerce una profesión liberal –la abogacía–”, olvidando que, si estuviera afiliada al RETA, sí que tendría derecho a la maternidad que podría ceder al padre.

Con una posterior STS de 18 de marzo de 2002⁴⁶, ya se cae de lleno en el equívoco de aplicar una doctrina en aquel momento coherente para el caso de una abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía a una abogada afiliada al RETA, concluyendo erróneamente que “ni el artículo 48.4 (del ET) ni la regulación de las prestaciones por maternidad otorgadas en la LGSS autorizan a que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad, presupuesto primero para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo por opción, en este sentido, de la madre”.

Una consulta de las bases de datos más habituales permite constatar lo disonante de esa solución, pues las entidades gestoras no parece que nunca se hayan opuesto a la cesión al

⁴¹ Rec. núm. 602/2015 (EDJ 255269).

⁴² Para este epígrafe del estudio sustancialmente hemos actualizado el previo estudio de José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El disfrute paterno del descanso por maternidad cuando la madre se encuentra en el ejercicio libre de la abogacía”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, 2018

⁴³ Rec. núm. 1479/2000 (EDJ 55105).

⁴⁴ Aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (BOE de 16 de abril de 1947).

⁴⁵ Rec. núm. 201/2001 (EDJ 47907).

⁴⁶ Rec. núm. 1042/2001 (EDJ 27054).

padre si se trata de abogadas afiliadas al RETA, sino solo si resulta ser el caso de abogadas afiliadas a la Mutualidad General de la Abogacía⁴⁷, o –colectivos semejantes– a la Mutualidad de Previsión de los Procuradores⁴⁸, o a la Mutua Médica⁴⁹. Mientras que en esa STS de 18 de marzo de 2002 el litigio se dilucidó entre el padre y su empresa, Telefónica de España. Tal empresa es la implicada en todos los casos en que se trataba de madre abogada afiliada al RETA⁵⁰.

No extraña así que el TS comience a recular con una STS de 28 de febrero de 2006⁵¹. La Telefónica de España, condenada a indemnizar por denegar a un padre el descanso por maternidad cedido por una madre abogada afiliada al RETA, recurre en unificación alegando como contraste la STS de 18 de marzo de 2002. Se rechaza la contradicción porque la sentencia recurrida se argumenta en el RD 1251/2001⁵², inaplicable en el caso de la STS de 18 de marzo de 2002, y que viene a reconocer con carácter general el derecho a la maternidad de las trabajadoras autónomas.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo⁵³, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, confirma esta lectura favorable a la cesión porque si para posibilitar el disfrute paterno siempre que la madre trabaje, se introduce otro supuesto de disfrute paterno para el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones –art. 48.4.III ET–, y no para el caso de madre afiliada al RETA, debemos concluir que dicha Ley presupone que en tal caso ya es posible el disfrute paterno por cesión de la madre sin precisar nueva norma.

En esta misma línea, un Auto del TS de 15 de octubre de 2009⁵⁴, además de desarrollar los argumentos expuestos, invoca el Real Decreto 295/2009 en la medida en que en su art. 3.4.III se reconoce el derecho al disfrute paterno de la prestación por maternidad –entre otros supuestos– “cuando la madre no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa”, de donde, *contrario sensu*, si estuviese en el RETA no haría falta se le reconociera al padre derecho al descanso porque se lo podría ceder la madre.

Quizás al ser algo asumido por las entidades gestoras y dada su ratificación por el TS, no aparecen más sentencias en el Orden Social donde se cuestione la cesión al padre trabajador si la madre es abogada afiliada al RETA, ni en general si la madre es autónoma afiliada al RETA. Pero sí hay sentencias del Orden Contencioso administrativo en relación con padres funcionarios y madres autónomas afiliadas al RETA que, de una manera

⁴⁷ STSJ Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 13 de febrero de 2003 (EDJ 266118); STSJ Castilla – La Mancha de 1 de julio de 2005 (EDJ 109049).

⁴⁸ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 17 de abril de 2001.

⁴⁹ STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2006 (EDJ 300431).

⁵⁰ STSJ Galicia de 19 de junio de 1999 (EDJ 28051); STSJ Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2000 (EDJ 73281); STSJ Murcia de 30 de septiembre de 2002 (EDJ 52958).

⁵¹ Rec. núm. 1232/2005.

⁵² BOE de 17 de noviembre de 2001.

⁵³ BOE de 23 de marzo de 2007.

⁵⁴ Rec. núm. 226/2009 (EDJ 280561).

impecable, admiten la cesión⁵⁵. Y su doctrina, referida a cualquier trabajadora autónoma, se aplica a las madres abogadas afiliadas al RETA.

3.2. Problemas asociados de constitucionalidad y adecuación al Derecho de la Unión Europea

Con anterioridad a la LOIEMH, un Juzgado de lo Social de Lleida planteó en 2004 una cuestión de constitucionalidad al dudar de la adecuación del artículo 48.4 del ET a los artículos 14, 39 y 41 de la CE, en cuanto que los padres no pueden disfrutar del descanso por maternidad más que por cesión de la madre, y consiguientemente nada les puede ceder cuando esta no ostenta ningún derecho por ser una profesional liberal no afiliada al Sistema de la Seguridad Social: en el caso se trataba de una procuradora afiliada a la Mutualidad de Previsión Social de Procuradores.

La STC 75/2011, de 19 de mayo, niega la inconstitucionalidad y –en lo que más interesa destacar– concluye que “si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*)”.

A pesar de la respuesta del TC, el Juzgado, en ese mismo caso, eleva cuestión prejudicial al TJUE. Y la STJUE de 19 de septiembre de 2013, Caso Betriu Montull (C-5/12), no ve oposición con el derecho comunitario.

Una cuestión semejante –asimismo referida a situaciones anteriores a la Ley Orgánica 3/2007– se plantea en otros dos procesos constitucionales, en ambos casos siendo la madre abogada afiliada a la Mutualidad General de la Abogacía y el padre funcionario –con lo cual los litigios de base se dilucidaron ante la Jurisdicción Contencioso administrativa–. Se trata de un recurso de amparo, solventado en la STC 78/2011, de 6 de junio, y una cuestión de constitucionalidad, solventada en la STC 152/2011, de 29 de septiembre. Ambas SSTC, sin mucho esfuerzo argumental, reiteran la doctrina contenida en la STC 75/2011.

3.3. Segunda etapa: la Ley de Igualdad introduce una nueva posibilidad de disfrute paterno que es problemática para las abogadas

Para posibilitar el disfrute paterno siempre que la madre trabaje, la Ley Orgánica 3/2007 introdujo otro supuesto de disfrute paterno –aunque solo lo introdujo en el Estatuto de los Trabajadores, sin que haya norma similar en el Estatuto Básico del Empleado Público⁵⁶– para “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” –ET, art. 48.4.III–, lo que se concreta en el RD 295/2009 en tres casos –art. 3.4–: (1) cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el

⁵⁵ STSJ Castilla La Mancha de 20 de julio de 2011 (EDJ 195244), y las que cita en su fundamentación.

⁵⁶ Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre de 2010).

correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad; (2) cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional; y (3) cuando no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el RETA ni en una mutualidad de previsión social alternativa.

Aunque esta posibilidad de disfrute paterno fue introducida precisamente por la presión de colectivos de abogadas en el trámite parlamentario de la Ley Orgánica 3/2007 a su paso por el Senado, la cuestión se les complicó porque la Mutualidad General de la Abogacía, a consecuencia de la modificación de sus estatutos acordada a 26/11/2005, ya permitía la opción, con efectos de 01/11/2006, de una cobertura voluntaria para la contingencia de maternidad, dando base a la doctrina de suplicación para dejarlas fuera del art. 48.4.III del ET y del art. 3.4 del RD 295/2009, y, en consecuencia, para negarle a los padres el subsidio por maternidad⁵⁷, salvo el caso excepcional de que a la madre abogada le falte la carencia⁵⁸.

Si el disfrute paterno del descanso por maternidad cuando la madre se encuentra en el ejercicio libre de la Abogacía no cabe de conformidad con lo establecido en el art. 48.4.III del ET y en el art. 3.4 del RD 295/2009, deberíamos admitir, para posibilitar el disfrute paterno del permiso por maternidad siempre que la madre trabaje –era la finalidad buscada por la LO 3/2007–, que, salvo las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, la madre abogada afiliada a una mutualidad de previsión social sustitutoria del RETA pueda optar, al iniciar el periodo de descanso por maternidad, por que el otro progenitor trabajador disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto.

Algunas Sentencias del Orden Contencioso administrativo⁵⁹ han alcanzado la conclusión contraria basándose en el argumento de que nadie puede ceder un derecho que no tiene, con cita de las SSTC 75/2011, 78/2011, y 152/2011, y de la STJUE de 19 de septiembre de 2013, Caso Betriu Montull (C-5/12). Sin perjuicio de criticar dichas sentencias contencioso administrativas porque se sustentan en sentencias constitucionales y europea referidas a una situación normativa anterior a la Ley Orgánica 3/2007, y consiguientemente porque no ponderan el impacto de la misma, todas ellas abordan supuestos anteriores a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que –como se verá– resulta decisiva para dar otra respuesta.

⁵⁷ STSJ Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 30 de marzo de 2009 (EDJ 88306); STSJ Galicia de 2 de febrero de 2010 (EDJ 32623); STSJ Andalucía (Málaga) de 14 de abril de 2011 (EDJ 389519); STSJ Madrid de 15 de junio 2011 (EDJ 148578); STSJ País Vasco de 15 de julio de 2014 (EDJ 186835). Únicamente en contra, una STSJ Asturias de 13 de junio de 2014 (EDJ 105494), argumentando, en un supuesto anterior a 1 de enero de 2013 (que es la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto), que las prestaciones por maternidad de la Mutualidad General de la Abogacía no eran equivalentes a las del RGSS, con lo cual se considera situación análoga a la carencia de cobertura.

⁵⁸ STSJ Asturias 23 de octubre de 2015 (EDJ 196866).

⁵⁹ STSJ Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 18 de julio de 2013 (EDJ 221793); STSJ Murcia de 23 de enero de 2015 (EDJ 4087).

3.4. Tercera etapa: desde la Ley 27/2011, de 1 de agosto, la posibilidad de cesión al padre se debería admitir siempre

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, estableció, en su disp. ad. 46ª –refundida en la disp. ad. 19ª de la LGSS–, que las mutualidades de previsión social sustitutoria deberán ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operan, de forma obligatoria, y entre otras contingencias cubiertas, la de maternidad, y las prestaciones que otorguen –sean en forma de renta o sean en forma de capital– habrán de alcanzar un importe no inferior al 60 por ciento de la cuantía mínima inicial que para la respectiva clase de pensión rija en el sistema de la Seguridad Social o, si resultara superior, el importe establecido para pensiones no contributivas de Seguridad Social.

Tras la entrada en vigor de esta norma –el 1 de enero de 2013–, y dado el contenido de la garantía, las sentencias dictadas por el Orden Social encuentran nuevos argumentos para concluir que el disfrute paterno del descanso por maternidad al amparo del art. 48.4.III del ET y del art. 3.4 del RD 295/2009 no cabría cuando la madre estuviera afiliada en cualquiera de las mutualidades de previsión social sustitutivas del RETA, de ahí que las demandas de los padres trabajadores sean rechazadas en el Orden Social⁶⁰.

Pero si esto es así la conclusión consiguiente inmediata es que el disfrute paterno por cesión de la madre al amparo del artículo 48.4.II del ET cabría cuando la madre está afiliada en cualquiera de las mutualidades de previsión social sustitutivas del RETA con el argumento fundamental de que la madre ya tiene un derecho equivalente a prestaciones del sistema público que puede ceder al padre. Y es que la garantía introducida en la Ley 27/2011 remueve el cimiento argumental de que la madre no puede ceder al padre un derecho que no tiene, pues la madre abogada afiliada a una mutualidad de previsión social sustitutoria del RETA ya tiene un derecho que puede ceder al padre trabajador por cuenta ajena o funcionario.

Podría contra argumentarse que tal derecho es una indemnización a tanto alzado, mientras el del padre es un descanso subsidiado de 10 semanas –o más si parto múltiple–, es decir aparentan ser derechos no homogéneos. Ahora bien, según la disp. ad. 19ª de la LGSS se trata de un derecho equivalente al reconocido en el sistema público. Y si la ley dice que son derechos equivalentes, el intérprete no puede razonablemente construir ninguna argumentación jurídica diciendo que no son equivalentes.

Resulta oportuno añadir que esta interpretación es más conforme que la contraria con los principios de la Ley Orgánica 3/2007 dirigidos a potenciar la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos –arts. 14.8º y 44–, posibilitando –en línea con esos principios– que los padres disfruten, a lo menos por cesión de la madre, del descanso por maternidad.

⁶⁰ STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de abril de 2015 (EDJ 54619); STSJ Castilla y León (Burgos) de 8 de abril de 2015 (EDJ 54620); STSJ Galicia de 17 de abril de 2015 (EDJ 70684); STSJ Aragón de 29 de abril de 2015 (EDJ 71462); STSJ Galicia de 23 de julio de 2015 (EDJ 156940); STSJ Galicia de 14 de septiembre de 2015 (EDJ 156940); STSJ País Vasco de 22 de septiembre de 2015 (EDJ 201683); STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2015 (EDJ 215346); STSJ Asturias de 9 de febrero de 2016 (EDJ 12580); y STSJ Andalucía (Sevilla) de 6 de octubre de 2016 (EDJ 215149).

3.5. ¿Cuarta etapa?: la jurisprudencia contencioso administrativa admite el disfrute originario

Una muy reciente Sentencia ha dado un paso más allá que, de consolidarse, supondría una solución aún más conforme que las anteriores con los principios de la Ley Orgánica 3/2007 dirigidos a potenciar la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos –arts. 14.8º y 44–, pues supondría, en primer lugar, incrementar el derecho del padre de 10 a 16 semanas, y, en segundo lugar, reconocer el derecho del padre como originario posicionándolo de este modo en paridad con la madre, superando así la idea de cesión del derecho que lo colocaba en una posición secundaria frente a quien de este modo se concebía como la titular natural.

Se trata de la Sentencia de 28 de junio de 2018 de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo⁶¹, que resuelve un recurso contra un Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que reconoció 10 semanas a un juez que había tenido un hijo con una abogada afiliada a la Mutualidad de la Abogacía. Conviene precisar que, dada la doctrina judicial imperante en el Orden contencioso administrativo –a que se ha aludido en páginas anteriores–, el acuerdo impugnado ya suponía un muy importante avance –pues recordemos que esa doctrina judicial imperante negaba la cesión de la madre al padre y además el derecho originario de este no aparecía reconocido en el EBEP–.

Para llegar a la solución de reconocer al padre un derecho originario de 16 semanas, el Tribunal Supremo construye dos escalones argumentales:

- Aunque el Tribunal Supremo admite que –al igual que ocurre en el EBEP– en el Reglamento de la Carrera Judicial⁶² no se reconoce al padre un derecho similar al que se reconoce en el artículo 48.4.III del ET, alcanzar una interpretación negando el derecho “nos conduciría al resultado indeseable de que ninguno de los progenitores pudiese disfrutar de un periodo de suspensión de su actividad profesional ni de cuidado efectivo de la recién nacida (afectando al artículo 39.3 CE)”, una interpretación que además “sería inadmisibles por contraria al Derecho de la Unión Europea”.

- Una vez admitida la aplicación del artículo 48.4.III del ET, el Tribunal Supremo entiende que la madre, aún habiendo percibido la cantidad que al respecto de la maternidad y la lactancia se establece en la Mutualidad de la Abogacía, no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad”, con lo cual concurre el presupuesto de la norma y se reconoce al padre el derecho a 16 semanas, argumentando (1) que “un pago único no puede atribuirse a un periodo concreto del proceso de parto y lactancia para el que se concede porque lo que no tiene duración y, por ello, queda fuera de la exclusión que establece el artículo 3.4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que habla de subsidios vinculados a periodos”, (2) que “el pago único no ha permitido a la madre suspender su actividad profesional”, lo que “aconseja” que el padre disfrute del descanso en beneficio del menor, y (3) que “tampoco

⁶¹ Sentencia 1109/2018, de 28 de junio de 2018, Rec. 183/2017.

⁶² Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, BOE de 9 de mayo de 2011.

apreciamos, dada la naturaleza compleja del permiso parental (por todas, STC 75/2011) que un simple pago único suponga doble pago o duplicación de prestaciones, que es lo que trata de evitar la resolución recurrida, cuando resulta obvio que el permiso parental tiene una significación muy distinta, para los progenitores, para el cuidado del menor y para el propio interés general, a la del simple percibo de una cantidad que resarza de gastos de maternidad y lactancia”.

¿Supone esto una cuarta etapa? Estamos ante una Sentencia con argumentos poderosos, y a la vez expansivos, pues, más allá de la cuestión de que el padre en cuestión es un juez sujeto al Reglamento de la Carrera Judicial, el contexto normativo es el mismo que el de los padres funcionarios públicos sujetos al Estatuto Básico del Empleado Público. Por ende, los argumentos utilizados pueden ser extendidos a los padres trabajadores por cuenta ajena sujetos al Estatuto de los Trabajadores. Con lo cual esta Sentencia, si efectivamente se consolida y extiende su doctrina, puede suponer un muy importante avance en la consecución de la corresponsabilidad del padre que ha pretendido la Ley Orgánica 3/2007.

3.6. Conclusiones

La cuestión de si el padre del hijo de una madre ejerciente libre de la Abogacía –y de cualquier otra profesión liberal– puede disfrutar –por cesión u originariamente– el descanso por maternidad es una cuestión de evolución normativa y judicial muy compleja. Nos resulta evidente que se le debería permitir siempre el disfrute de 10 semanas cedidas por la madre, tanto si esta está afiliada al RETA como si lo está a una mutualidad de previsión social sustitutoria del RETA. En este último caso, la jurisprudencia contencioso administrativa ha abierto brecha hacia la posibilidad de permitir el disfrute paterno de manera originaria durante 16 semanas. Debemos estar muy atentos a verificar si esta jurisprudencia –que se ha aplicado a un padre juez– acaba consolidándose tanto respecto a padres funcionarios como respecto a padres trabajadores por cuenta ajena. Mientras tanto, la recomendación que se puede hacer a los padres de hijos de una madre ejerciente libre de la Abogacía –y de cualquier otra profesión liberal– es reclamar el derecho al disfrute originario de 16 semanas, y subsidiariamente el derecho al disfrute cedido de 10 semanas.