

Barcelona
21 i 22 de febrer 2013

XXIV Jornades catalanes de Dret Social



Directors:
Carlos Uribe
Núria Pumar

*“La flexibilitat
interna i els
acomiadaments
col·lectius en
el sector públic
i privat”*


CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL


Generalitat de Catalunya
Centre d'Estudis Jurídics
i Formació Especialitzada


Asociación
Catalana de
Sociolaboralistas

Comunicación a la ponencia

*Conciliación y corresponsabilidad en las últimas reformas laborales y de
Seguridad Social*

Conciliar vida laboral y familiar y nuevos modelos familiares

PILAR RIVAS VALLEJO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

*Versión provisional a 18 de febrero de 2012 (dada la versión
provisional, pido disculpas por las erratas que pueda contener)*

Conciliar vida laboral y familiar y nuevos modelos familiares

Pilar Rivas Vallejo
Universidad de Barcelona

Sumario:

1. Año 2013, un paso adelante y otro atrás.
2. Nuevas realidades familiares, viejas normas y nuevos problemas.
 - 2.1. Nacimientos y adopciones por parejas del mismo sexo.
 - 2.2. Kafalas y guardas.
 - 2.3. Maternidad subrogada o gestación por sustitución.
 - 2.4. Custodias compartidas y familias monoparentales “de facto”
3. Conclusión

ABSTRACT: La comunicación que sigue trata de poner de manifiesto las discordancias entre los avances sociales en los modelos de familia hacia una realidad plural y su descoordinación con la realidad legislativa en el ámbito laboral para dar una respuesta adecuada a las distintas necesidades que las variadas formas de familia vigentes y sus necesidades de conciliar la vida familiar y laboral precisan, lejos del marco encorsetado de las figuras tradicionales en nuestro Derecho, como la reducción de la jornada, y más aproximadas a una verdadera flexibilidad de tiempos y forma de ejecutar el trabajo o más bien de ofrecer disponibilidad laboral por parte de trabajadores y trabajadoras. Marco que ni siquiera da respuesta suficiente a las verdaderas necesidades de conciliar ambas facetas de la persona y que se revela como totalmente insuficiente tras sus vaivenes legislativos reformistas, que lo modifican a la postre para dejarlo en esencia intacto y rígido. Y que los condiciones económicos y de política económica aprisionan aún más en nuestros días, para dar entrada a otro tipo de flexibilidad precisamente contraria al espíritu perseguido por las normas que promueven la conciliación de la vida personal, laboral y familiar de las personas trabajadoras.

1. Año 2013, un paso adelante y otro atrás.

Sabido es que siempre el Derecho fue por detrás de la realidad social, si bien en el campo de la llamada conciliación de la vida familiar y laboral se da la paradoja de que esta relación es simultáneamente inversa: va a la vez por detrás y por delante de la realidad social. Pues si en casos como la Ley Orgánica de Igualdad, Ley 3/2007, de 22 de marzo, supo adelantarse a los tiempos para intentar cambiar esa realidad social, en otros, como son todas las figuras familiares y convivenciales “de nueva generación” el Derecho, y en particular el Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, se queda *muy atrás*. Si a ello le sumamos el nefasto impacto de “la crisis económica”, el panorama que se dibuja no es precisamente un conjunto sólidamente estructurado y coherente de integración de las vidas privadas en el mundo laboral o del mundo laboral en las vidas personales, sino, más bien, al contrario, la lucha por la supervivencia de una o de otro. No cabe otra interpretación de esta difícil convivencia al realizar cualquier aproximación a la aplicación de esas pretendidas ventajas legales para favorecer la reconciliación de las facetas familiar y profesional de todos cuantos deban procurar la supervivencia de la primera recurriendo a la segunda y por tanto necesiten del buen entendimiento de ambas. Las

personas trabajadoras, sujetos y objeto de esta necesidad y por ende política legislativa y social, cuentan para ello con las herramientas que nuestro Derecho les proporciona. Pero estas herramientas se aferran a una tradición preconstitucional que insiste en perpetuarse con escasas variaciones a salvo de su adaptación a la evolución de los roles, siempre de los mismos inamovibles esquemas.

La mujer en el hogar y el hombre en el trabajo, como proclamara la Declaración 35 de la Encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, en 1891, ¿no es acaso un modelo que prevalece aún hoy día en nuestras estructuras familiares, y que incluso ha precipitado la crisis que padecemos, reforzando esa división de roles¹? Llegados al momento actual, nos topamos con una cruda realidad: la vigencia de afirmaciones que, sobre este tema, fueran realizadas más de veinte años atrás, v.g. en la STC 128/1987, de 16 de julio, "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación desventajosa respecto a los hombres en la misma situación". Y es que entre aquella asignación del rol familiar al género femenino y la actual quiebra de la igualdad en el mercado de trabajo sólo median, además de varias décadas, los divergentes planteamientos ideológicos que desembocan en el mismo resultado, y si en otras épocas las estructuras sociales e ideológicas, por descontado bajo el Estado franquista², mantuvieron a la mujer en el hogar familiar, en nuestros tiempos esas estructuras tienen más componente económico que ideológico, y el resultado viene determinado por las leyes de los mercados y de las economías, pero no deja de ser el mismo a la postre, pues la economía no parece conocer de otras razones y menos de igualdad entre las personas³. Lo cierto es que debe admitirse que cuantitativamente

¹ Por no citar las distintas iniciativas educativas que priman la educación por sexos y la educación en roles o subvencionan públicamente estas opciones educativas. Y para muestra un botón: vid. el artículo publicado el 16 de febrero de 2013 en *El País* digital, "Ellas, clases de cocina; ellos, de gestión" ("La Comunidad de Madrid subvenciona una oferta de Formación Profesional diferenciada por sexos que imparten cinco centros segregados de la región"), en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/02/15/actualidad/1360959027_922543.html.

² La normativa de acceso al empleo o de "colocación", previsto en las Órdenes de 27 de diciembre de 1938 y de 17 de noviembre de 1939, *sobre inscripción de mujeres en las Oficinas de Colocación* (que sustituyen parcialmente al Decreto de colocación obrera de 6 de agosto de 1932) admitía el trabajo de la mujer como aportación subsidiaria al hogar. A tal efecto, la segunda de las órdenes citadas restringía el derecho a inscribirse como demandante de empleo en los Servicios de Colocación a la mujer "obrero" que ostentara la condición de *cabeza de familia*, siempre que acreditarse lo que puede calificarse de "situación de necesidad", entendiéndose por tal la separación conyugal o la invalidez del marido. La mujer soltera podía gozar de tal derecho cuando o bien careciera de medio alguno de vida familiar (es decir, que sólo estaban habilitadas para el trabajo aquellas mujeres cuya familia no pudiera hacerse cargo de su sostenimiento económico por falta de medios suficientes) o bien estuviera en posesión de algún título académico o profesional que le habilitara para el ejercicio de una profesión. Sobre el mismo, vid. PALANCA, M.: "El Reglamento de Colocación de 1939 y el Derecho del Trabajo". *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 35, 1959. Complementariamente, el Decreto de 22 de febrero de 1939, regulador de los préstamos a la nupcialidad (y subsidios familiares) para casos de necesidad, reconocía el derecho a beneficiarse de un préstamo a la nupcialidad (previsto como ayuda a los solteros jóvenes que desearan contraer matrimonio) a la mujer sólo si se comprometía a renunciar a su ocupación y, además, a no ocuparse en ninguna otra a menos que su esposo se hallare en paro forzoso o incapacitado para el trabajo.

³ A modo de parábola de esta realidad, la historia de los "niños robados" en nuestro país nos recuerda el eterno retorno de la desigualdad de derechos en la población más desfavorecida económicamente, cuyo sacrificio se impone por el orden –económico– imperante. En el primer caso, encarnado en ideologías e instituciones (pues al componente puramente delictivo de robo de recién nacidos se unen las "razones" sociales acerca de la fragilidad de los derechos a la maternidad de personas sin recursos o en ciertas

tampoco es comparable uno y otro término de comparación, pero que el instrumento de la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras como herramienta de igualdad ha pasado a segundo plano y debe librar la batalla ahora contra la “flexibilidad empresarial en tiempos de crisis” (*cuando la agencia Morgan Stanley nos ve como los futuros exportadores europeos y sucesores del modelo alemán por nuestra “flexibilidad salarial” y el Banco Central Europeo aplaude nuestro emerger en la zona euro*). En el tren de la competitividad no hay sitio para la flexibilidad no-patronal y en la balanza social la supervivencia de la economía global, nacional e incluso doméstica y personal prima sobre otras necesidades sociales (inclusive la maternidad⁴).

En cualquier caso, los anteriores avances se mantuvieron dentro de unos parámetros limitados basados en unas posibilidades muy reducidas de adaptaciones de la jornada para compatibilizar el trabajo con la *vida familiar*, reservadas a la negociación colectiva o la buena voluntad de las partes (con algunos buenos ejemplos de prácticas acordes con este objetivo) o en la existencia de violencia de género, como situación extrema de la patología de las relaciones interpersonales y de familia (art. 34.8 ET), y limitadas en la ley (art. 37.5 ET) a la regulación de una figura, ya instaurada en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de *Relaciones Laborales* (art. 25, sobre el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores), la reducción de jornada por cuidado de hijos menores (de ocho años)⁵ u otros familiares (dependientes física e incluso económicamente), en tanto el resto de las destinadas a la “conciliación de la vida familiar y laboral” son instrumentos de cobertura de distintas interrupciones del trabajo de corta duración y régimen muy restrictivo (por tanto con escasa utilidad práctica para una verdadera conciliación de planos y de horarios) o de la ejecución del contrato de manera provisional y excepcional (suspensiones).

La Ley Orgánica de Igualdad, Ley 3/2007, de 22 de marzo (LOI), coloca entre sus prioridades el ámbito de la llamada conciliación de la vida familiar y laboral, a la que adiciona un nuevo elemento para transformar el contexto de referencia: la *vida personal*. Sin embargo, ni la define ni tampoco hace lo propio con el más conocido concepto de la

situaciones sociales), y en el segundo descarnado y cruel en su supuesta asepsia ideológica. Las cifras del INE avalan este declive social, con un descenso en gasto medio de los españoles en alimentación, calzado, vestido y otros productos de primera necesidad, así como en ocio y cultura, y a la vez un incremento en gasto en enseñanza, vivienda...y bebidas alcohólicas, tabaco y narcóticos (Fuente: INE, *Encuesta de Presupuestos Familiares, Gasto anual de los hogares según diferentes niveles de desagregación funcional*, <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do>). La crisis económica mundial está asimismo abriendo más la brecha entre grupos económicos sociales, como muestra la Encuesta de condiciones de vida 2012 (INE), según la cual el gasto anual en el año 2008 por parte de hogares con ingresos inferiores a 500 euros mensuales fue de 5.922.353,92 –en miles de euros–, mientras en el año 2011 fue de 9239571,71 (el incremento de número de hogares con ingresos inferiores a dicha cifra, por tanto, es notorio), y nos devuelve a los niveles de 2006, aunque con la inflación de 2013.

⁴ Consúltense la cifra de interrupciones voluntarias del embarazo, que se ha incrementado en los últimos años, especialmente en la población desempleada, pasando en este colectivo de un 12,52 en el año 2007 a un 21,96 en el año 2010, con un salto cualitativo precisamente en la fecha de inicio de la actual crisis, 2008, en que pasó del 12,52 del año anterior al 20,41 (Fuente: INE, elaboración con datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do>).

⁵ Sobre los límites que comporta en su configuración legal el ejercicio de este derecho, vid. AZAGRA SOLANO, M.: “Reducción de la jornada de trabajo “diaria” por razones de guarda legal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2012 (Comentario), BIB 2012\735; y “El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2010 (Comentario), BIB 2010\269. Así como TATAY PUCHADES, C.: “La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada por guarda legal”, *Aranzadi Social* paraf. 47/2012 (Presentación), BIB 2012\2905.

vida familiar, aunque sí introduce dicho nuevo concepto (la vida personal). De este modo se intenta un tímido acercamiento a los espacios personales al margen de la familia o responsabilidades familiares propias, la vida privada” más allá del trabajo, común a todo trabajador, con responsabilidades familiares o sin ellas. La vida “personal” se une a la vida familiar en la referencia general que realiza el art. 34.8 ET, como norma marco definidora del régimen de la jornada de trabajo, en sentido amplio, prevista en el ET⁶, al abrirse éste con el derecho *del trabajador(a)* a la adaptación de la duración y distribución de la jornada con dicho objetivo (hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral).

Pero la simultánea introducción de un importante obstáculo: la delimitación de este derecho mediante la negociación colectiva, que lo hace inoperante en tanto no sea objeto de desarrollo negocial, restringido a los términos de la misma, truncó las posibilidades reales de esta apertura⁷. La última reforma, introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, *de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, permite a los convenios colectivos *establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas*. El eventual acuerdo con el empresario del que se le hace asimismo depender determina su directo condicionamiento a “la buena voluntad” de éste, que, aunque, dados los términos de la ley, no podrá oponerse frontalmente al ejercicio de este derecho, sí podrá interponer impedimentos incluso insalvables salvo por la intervención judicial una vez judicializado el conflicto. Ello pese a que la reforma introducida por la Ley 3/2012 inste a promover *la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*. La pregunta: ¿existe alguna compatibilidad entre la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en las empresas? Sin desconocer que caben fórmulas que primen la productividad en detrimento del simple *presenteísmo* o *presentismo* (resultados sobre mera puesta a disposición) y por lo tanto la bondad de este binomio, no puede ignorarse que este replanteamiento de la producción exige un cambio de mentalidad que nuestras empresas (entendidas en una concepción global y admitiendo las singularidades) no parecen muy dispuestas a ofrecer, orientadas a las fórmulas más inmediatas e incluso más obvias de pura rentabilidad entendida como el clásico *más por menos*.

En el ámbito de la función pública la respuesta es similar (aunque no lo sean los regímenes previstos para la conciliación de la vida familiar y laboral, con importantes diferencias que crean un doble estatus en la consecución de esta aspiración legal y

⁶ La norma reza: “el trabajador *tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo* para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.”

⁷ Además, la nueva opción de disfrute del permiso por lactancia en su modalidad de reducción de jornada, que introdujo dicha ley, consistente en la posibilidad de acumular en días enteros las fracciones de reducción de jornada (que, según algunas resoluciones, se refiere a las hora diaria y no a la reducción de media hora, cfr. STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 422/2012 de 30 mayo [AS 2012\1760]), medida con vocación fugaz, tampoco soluciona la compatibilidad de ambas facetas privada y laboral más allá de los nueve meses del menor.

social⁸). La Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, *por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos*, así como la Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, *por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal*, ha incidido asimismo en la flexibilidad de horarios, entendida desde el lado organizativo, y por tanto alejada de su posible vinculación a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al ampliarse las facultades de los subsecretarios de los departamentos para la introducción unilateral de modificaciones en los horarios y las vacaciones del personal a su cargo.

La penalización de las figuras-refugio para canalizar las soluciones hacia vías alternativas de conciliación de facto, como el recurso a las bajas médicas encubiertas, por la vía de la corrección del absentismo (bien sea en el ámbito de las prestaciones por incapacidad temporal⁹, v.g. reducción de las retribuciones en la función pública, dentro del ámbito de la Administración General del Estado, o en la autorización de las extinciones por causas objetivas ligadas al absentismo por incapacidad temporal), cierra el cerco a la búsqueda de esta ansiada *flexibilidad conciliadora*. Y, entretanto, se mantiene la clásica dedicación femenina al hogar, sin grandes avances en la búsqueda del equilibrio entre los dos géneros. Si se consulta la muestra estadística elaborada por el INE, la diferencia entre ambos sexos sigue siendo abismal en la encuesta de usos del tiempo. En particular, la relativa al año 2011, última disponible, pone una vez más en evidencia esta brecha, con

⁸ A título de ejemplo, la mayor amplitud de los descansos por adopción (para acogimiento o adopción de menores de doce años), o de la reducción de jornada por cuidado de menores (en el ámbito catalán, la Ley 8/2006, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones públicas de Cataluña, reconoce el derecho a la reducción de jornada con la totalidad de retribuciones [con un máximo de un tercio de la jornada y un límite de un año desde el fin del descanso por maternidad y/o paternidad], el derecho a la reducción de la jornada de entre un tercio y la mitad con la percepción del 80% o del 60% de las retribuciones, según el caso, para el cuidado de un hijo menor de seis años o una persona con discapacidad, o un familiar con discapacidad del 65% o dependencia). En sentido peyorativo, cabe citar la conexión entre las vacaciones y los periodos de incapacidad temporal, con derecho a recuperar los no disfrutados por sobrevenencia de incapacidad temporal. Si bien la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-277/08, *Vicente Pereda*, declara que en tales casos *cualquier trabajador/a* tiene derecho a vacaciones en periodo distinto cuando se encuentre en situación de enfermedad en el momento en el que aquéllas debieron iniciarse (de acuerdo con el art. 7.1 de la Directiva reguladora del tiempo de trabajo), y también la STJUE de 21 de junio de 2012 (asunto *Anged*), reconoce el derecho a un nuevo periodo de vacaciones en caso de tratarse de una incapacidad temporal sobrevenida, es decir, la que sobrevenga durante las vacaciones, *sin embargo, no se ha modificado la legislación de función pública, a diferencia de la legislación laboral, donde expresamente se incorporó esta mejora*, aunque la STJUE, Sala 5ª, de 3 de mayo de 2012, nº C-337/2010, Asunto *Naidel*, declara su aplicabilidad a este ámbito (el de la función pública).

⁹ En el año 2012 el número total de procesos de incapacidad temporal se redujo en 56.792 procesos mensuales, siendo el descenso más notorio entre las mujeres, pues si en el año 2011 el número total (anual) de días de incapacidad temporal fue de 76.306.451, en 2012 en cambio fue de 55.970.448 (2.033.600 menos), y, si bien los datos de 2012 alcanzan hasta octubre, el promedio anual daría una cifra estimativa de 67.164.537, por tanto, sensiblemente menor que en el año anterior. La cifra es mayor que en el caso de los trabajadores de sexo masculino, pues entre éstos el número total de días de incapacidad temporal correspondiente al año 2012 fue de 53.210.729, y de 71.243.073 en el año anterior (1.8032.344 menos), *ergo* el decremento ha sido mayor entre la población trabajadora femenina.

cifras medias de dedicación diaria a la atención al hogar y a la familia de 4 horas y 7 minutos en las mujeres, y de 1 hora y 54 minutos entre los hombres, esto es, más del doble de dedicación femenina que masculina, asimismo plasmada en concreto en el cuidado de los hijos, con una media de 18 minutos entre los hombres, y de 32 entre las mujeres, y de cuidado de adultos, 2 minutos los hombres y 4 minutos las mujeres (fuente: INE, disponible en <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do>).

A día de hoy, pues, las *ausencias* en el régimen legal de la protección a la coordinación (de tiempos) de los planos privado y profesional de las personas que trabajan siguen siendo muchas y de envergadura: las figuras destinadas a la conciliación en realidad dan cobertura a las interrupciones de la carrera profesional (suspensiones de contrato por maternidad, paternidad o excedencias familiares) o una cobertura insuficiente, que no permiten en realidad “conciliar” vida familiar y laboral, sino salvar determinadas ausencias inaplazables que obligan al abandono temporal del puesto de trabajo. La figura de la reducción de jornada, única que subsiste durante la parte más intensiva de los cuidados a los hijos, o a los mayores, se encuentra penalizada por una doble vía: convertir en subsidiario el trabajo de la mujer (atendido el hecho de que es ésta la que preferentemente se acoge al derecho), y reducir los ingresos salariales de forma considerable, al no encontrarse protegida económicamente, salvo de manera muy parcial y excepcional en alguna Comunidad Autónoma (es el caso de las ayudas económicas reconocidas en Euskadi¹⁰).

Este cuadro se integra en un contexto económico-social totalmente desfavorable, en el que el empleo es un auténtico tesoro y la conciliación de la vida privada con el trabajo un bien menor, y viene acompañado de inexistencia de guarderías laborales, la reducción drástica de la atención a la dependencia, que devuelve a los hogares, o, lo que es lo mismo a las mujeres, el cuidado de dependientes, la falta de protección económica de la atención a los menores dentro de la familia (impensable en el momento coyuntural actual), y el endurecimiento de las condiciones de trabajo, que *excluyen toda posibilidad de flexibilidad laboral* con tales fines y la devuelven a la empresa con fines organizativo-económicos (el fin primario es ahora “salvar la empresa” y “salvar la economía”). En palabras de Hartley DEAN¹¹, *western welfare regimes have transformed into workfare states*, y en ellos se legitiman mercados de trabajo “depredadores” donde no es posible la cabida de políticas de conciliación de la vida familiar y laboral (*work-life balance*)¹².

En el otro lado, la natural evolución de las estructuras familiares y sociales ha acelerado el paso en las últimas décadas y nos ha dado como fruto una revolución de los viejos modelos familiares que nuestro Derecho se ha aprestado a incorporar a su regulación positiva y a los que éste ha tenido que dar respuesta con mucha más celeridad que la vieja aspiración de cambiar la inequitativa distribución de roles. En este plano, el Derecho positivo y sus intérpretes, los órganos judiciales, se han visto enfrentados a los cambios familiares que lleva aparejada la propia evolución de las técnicas de la reproducción, pero

¹⁰ Decreto 177/2010, por el que se regulan las ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral, en el que se mejoran y amplían las ayudas económicas directas para quienes ven disminuidos sus ingresos por conciliar su vida familiar y laboral manteniendo las líneas de actuación preexistentes en el anterior decreto 118/2007, así como Ley 6/2011, de 23 de diciembre, respecto de las ayudas para el año 2012.

¹¹ DEAN, H.: “Re-conceptualising welfare-to-work for people with multiple problems and needs”. *Journal of Social Policy*, 32, núm. 3, 2003, p. 441–59. También disponible en *LSE Research Online*, en http://eprints.lse.ac.uk/338/1/HD_J-soc-policy_32-3.pdf.

¹² Op.cit., p. 455.

también el reconocimiento social y legal de otras realidades familiares y/o convivenciales ignoradas hasta ahora por la Ley. En esta otra cara de la moneda, las consecuencias parecen venir arrastradas por una cadena de acontecimientos socio-legales, en los que nuestra legislación se encuentra varios pasos por delante del vetusto régimen de conciliación de la vida familiar y laboral, ya sea en el Estatuto de los Trabajadores o en la legislación reguladora de la función pública. Y en la que los nuevos modelos de familia y las nuevas fórmulas de reproducción provocan la necesidad de una respuesta inmediata que en algunos casos está dando la doctrina judicial, anticipándose a nuestros legisladores.

2. Nuevas realidades familiares, viejas normas y nuevos problemas.

Nuevas realidades familiares han alterado en los últimos años el régimen jurídico de la familia previsto en el Código civil y legislación civil, irradiando sus efectos hacia otros campos igualmente disciplinados por el Derecho. Por ello puede afirmarse que la realidad familiar ha aventajado jurídicamente al reparto de los roles, que sigue anclado en los viejos cánones, mientras los modelos familiares tradicionales conviven hoy con importantes cambios sociales.

En particular y por lo que concierne a las relaciones entre el Derecho de familia y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el respaldo legal a los matrimonios del mismo sexo, las adopciones por dichas parejas e incluso realidades que no cuentan con respuesta específica concluyente provocan nuevas necesidades, también de respuesta, en el marco de la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras¹³, como las familias *monoparentales*, originarias o sobrevenidas, y las custodias compartidas...o incluso las *kafalas* musulmanas. El decir de algunos “espíritu individualista” de las últimas reformas del Derecho de familia español¹⁴ no tiene reflejo en el Derecho del Trabajo, aún orientado a modelos más tradicionales, aunque, como afirma la STSJ Madrid núm. 668/2012, de 18 octubre [AS 2012\2503]), *el espíritu que anima al resto de la legislación vigente concernida de algún modo en este caso, con el que aquella y la propia LGSS están llamadas a conformar un todo armónico, toda vez que las sucesivas reformas en los diversos ámbitos acerca de la familia y cuanto a ella se refiere responden a la voluntad mayoritaria de la sociedad de que existan diversas clases de la misma y que todas ellas reciban el mismo trato en orden a derechos y obligaciones.*

2.1. Nacimientos y adopciones por parejas del mismo sexo.

La posibilidad de que las parejas del mismo sexo accedan a la maternidad y a la paternidad no es, desde luego, una novedad en el ámbito laboral, pues desde hace ya años la negociación colectiva prevé, complementariamente al art. 37.3 a) ET, la concesión de permisos por constitución de parejas de hecho, que, aunque inicialmente reguladas en “sentido espejo” respecto del art. 37.3 a) ET y por tanto para albergar el derecho de las

¹³ No en vano algunos autores ven una alianza natural entre los movimientos obreros y la liberación “gay” (cfr. Mathieu BRÛLÉ: *Seducing the Unions: Organized Labour and Strategies for Gay Liberation, 1970-1982*, con referencia a la Toronto Gay Alliance Towards Equality (GATE) y su campaña de 1976 “seduciendo a los sindicatos”, liderada por Ken Popert).

¹⁴ NANCLARES VALLE, J.: “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2008 - 8/2008. BIB 2008\578.

parejas heterosexuales que optaran por la constitución de una pareja de hecho como alternativa jurídica al matrimonio, pronto se interpretaron en sentido dual, para parejas del mismo o de distinto sexo¹⁵, hasta la aparición de la Ley 13/2005, de 1 de julio (por la que se modificó el art. 44 C.c.). Sin embargo, en lo que respecta a los descansos por maternidad o por paternidad, no existía una solución explícita en la ley (art. 48.4 ET), pues, con posterioridad a la incorporación del supuesto de la adopción (pues originariamente el texto de 1980 rezaba simplemente que “en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada”)¹⁶, ésta siguió manteniendo la distinción entre sexos para referirse al padre y a la madre, hasta sustituirse tal redacción por la LO 3/2007, de 22 de marzo, que incorporó la alusión al “otro progenitor”¹⁷ (tras la modificación introducida por Ley 3/2007, de 15 de marzo¹⁸). No deja de ser paradigmático que un texto destinado a fomentar la igualdad entre géneros incorpore en realidad la igualdad entre orientaciones sexuales.

¹⁵ Vid. un ejemplo en la sentencia núm. 66/2007, de 25 de junio, de la Audiencia Nacional (Sala de lo social) [AS 2007\2325].

¹⁶ En la reforma de 1989 (Ley 3/1989), por la que se introdujo el supuesto de la adopción y el reparto de los periodos de descanso, se incorporó la redacción siguiente: «4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. *El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, pudiendo hacer uso de éstas el padre para el cuidado del hijo en caso de fallecimiento de la madre.* No obstante lo anterior, en el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud. En el supuesto de adopción, si el hijo adoptado es menor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de ocho semanas, contadas a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Si el hijo adoptado es menor de cinco años y mayor de nueve meses, la suspensión tendrá una duración máxima de seis semanas. *En el caso de que el padre y la madre trabajen, sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho.*»

¹⁷ Se menciona hasta cuatro veces en el supuesto de parto en el art. 48.4 ET: “en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión...”, “en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre”..., “el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, “..., “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”... y, en el caso de la adopción, se opta por la expresión “interesados”: “en caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados”. Se refiere de nuevo a “los progenitores” el precepto al regular la duración de los descansos en supuestos de discapacidad del hijo o menor adoptado o acogido. También se incorporó la expresión en el nuevo derecho previsto en el art. 48 bis ET (descanso por paternidad): “*en el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados*”. Téngase presente que, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (21ª edición), progenitor o progenitora en su primera acepción es “pariente en línea recta ascendente de una persona” (la segunda acepción en masculino plural es sinónimo del padre y de la madre).

¹⁸ La Ley 14/2006 se modificó en su art. 7 (nuevo párrafo tercero) para acoger el supuesto de los matrimonios del mismo sexo en la aplicación de técnicas de reproducción asistida (consentimiento del cónyuge), por mor de la D.A. 1ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, por la que se reguló la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que es el año 2007 el punto de inflexión a partir del cual la legislación social toma conciencia expresa de esta nueva configuración de la familia, reformando la ley para impedir la obstaculización de la aplicación práctica de los descansos por maternidad, paternidad, adopción y acogimiento o su reparto entre ambos miembros de la pareja y dando a la norma una redacción más acorde con la variedad de combinaciones de progenitores que acoge la realidad, más allá de las formadas entre una madre y un padre, por lo que cabe entender que la ley está pensando en progenitores modelo *padre-madre*, modelo *padre-padre*, y *madre-madre*. En el primer modelo, el clásico, la titularidad y reparto de los descansos no plantean dudas, tras su reparto más equitativo en la evolución legal de la figura. En el tercer modelo, la norma tiene igualmente plena aplicación, pues biológicamente cabe aplicar la titularidad a la madre biológica en casos de parto, y el derecho por cesión y por propia titularidad (descanso por paternidad) a la *otra progenitora* no biológica. Por otra parte, el concepto de “progenitor” derivado de inseminación mediante técnicas de reproducción asistida (reguladas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*), definido en dicha ley, determina, conforme al propio art. 8 de la mencionada ley, que la *paternidad* ha de atribuirse al (o la) cónyuge de la inseminada.

En el segundo modelo, la maternidad biológica no cabe, al margen de otras figuras sustitutivas que no conducen al reconocimiento de maternidad, sino únicamente de paternidad, por lo que la norma tampoco es aplicable parcialmente, pero sí en cuanto se refiere a los casos de adopción y acogimiento. No obstante, los casos segundo y tercero siguen suscitando dudas y en todo caso críticas a su configuración legal. Veamos por qué.

Pues bien, el modelo tercero es el que plantea los mayores problemas.

En primer lugar, el concepto de “otro progenitor” cuando la maternidad es biológica y se trata de “otra madre” jurídicamente choca con el instituto de la filiación del art. 115 C.c., lo que obligó a adaptar la interpretación de legislación civil a los matrimonios entre mujeres respecto de las presunciones de filiación matrimonial o la propia filiación natural, para lograr la equiparación de estas parejas con las heterosexuales y la filiación de sus hijos¹⁹. Esta solución no obstante es válida para las parejas matrimoniales en ambos casos, en el primero por presunción de filiación e interpretación adaptada a estos matrimonios (reconocimiento de la otra madre ante el Registro civil, *ex art.* 48 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil)²⁰, y en el segundo (reproducción asistida) porque la propia Ley 14/2006, de técnicas de reproducción asistida, así lo dispone en su art. 7.3, pero no a las parejas de hecho, en las que ni se presume la filiación²¹ ni, al tiempo

¹⁹ Según DÍAZ MARTÍNEZ (“La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, pp. 100-101), la opción es «presumir *no que la esposa de la madre sea madre biológica del hijo sino que ha expresado su voluntad de asumir la maternidad como propia, con posibilidad de aportar prueba en contra de tal consentimiento*».

²⁰ Vid. un ejemplo en el Boletín del Ministerio de Justicia, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Año LXVI, 15 de febrero de 2012 (www.mjusticia.es/bmj), en el que se deniega la inscripción como hijo matrimonial a la cónyuge de la madre por no existir el matrimonio en la fecha del nacimiento (Resolución de 28 de Febrero de 2011), precisamente porque el reconocimiento de la maternidad en estos casos sólo es aplicable a las parejas unidas por matrimonio (en la fecha del recurso a técnicas de reproducción asistida).

²¹ Recuérdese que, en virtud del art. 120 C.c., la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, por

del nacimiento y consiguiente ejercicio del derecho al reparto de los tiempos de descanso, existe la adopción²². De ser así y por tanto no admitirse la inscripción registral, podrían plantearse dos órdenes de problemas: uno, que la empresa niegue el ejercicio del derecho por falta de acreditación de la filiación, de haberla exigido; dos, que, de no ser aplicable el reparto de periodos de descanso entre ambas progenitoras al tiempo del parto, sí sea susceptible de ejercicio el derecho en el momento de formalizarse la adopción por parte de la otra progenitora y por tanto que sea posible el doble ejercicio al descanso con ocasión del parto por parte de la madre biológica y posteriormente con ocasión de la adopción por la madre adoptiva (compatibilidad ésta admitida por la STS de 15 de septiembre de 2010 [RJ 2010\7428]), si, no mediando matrimonio entre ellas, recurren (o no) a la reproducción asistida y por tanto no resulta posible el reconocimiento de la maternidad ante el Registro civil, es decir, cuando no se trate de parejas unidas por matrimonio. No obstante, tanto la legislación de Seguridad social (art. 133 bis, y ss., LGSS, y Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo²³), por remitirse a la legislación reguladora de los descansos por maternidad, como esta misma normativa, que a su vez actúa por remisión a la legislación civil, no cuestionan la diversidad de situaciones y las hipotéticas soluciones dispares, y, no obstante, parecen admitir el reconocimiento del derecho sin distinción de casos conforme se ha razonado, por tanto, en sentido amplio.

En segundo lugar, en el modelo *madre-madre*, si bien admitimos que en la mente de nuestros legisladores estaba presente el cambio de paradigma familiar y por supuesto la realidad legal, pues el Código civil ya había sido modificado en su art. 178.2.2 por la Ley 13/2005 para admitir que el adoptante sea persona del mismo sexo al del único progenitor legalmente determinado (aunque no se reformó expresamente la legislación sobre adopción, Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que ésta seguía aludiendo, además de a los matrimonios, a las parejas de hecho formadas por “hombre y mujer”²⁴), como se plasma en el cambio de redacción de la norma, para referirse a “los progenitores” y al “otro progenitor”, no cabe duda de que la intención principal era la misma que el texto donde se inserta la reforma, el género y su igualdad efectiva. Por tal razón se dio lugar a la creación del descanso por “paternidad”, que, en su configuración legal tal y como se insertó en el Estatuto de los Trabajadores, tiene una clara correspondencia con el término lingüístico empleado: “paternidad”, y se sitúa en la misma senda marcada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. Si bien es cierto que bien pronto existió el consenso interpretativo acerca de su aplicabilidad a las parejas del mismo sexo²⁵, pues otra conclusión sería contraria al propio art. 14 CE e incluso a la literalidad de la norma, que parece estar redactada en género neutro (“en el supuesto de parto, la suspensión

sentencia firme; y, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

²² En el mismo sentido, NANCLARES VALLE, J.: “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2008, parte Estudio.

²³ El art. 2 del Real Decreto 295/2009 considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquellas, cualquiera que sea su denominación.

²⁴ La Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, sí aclaró su aplicabilidad en ambos casos a efectos registrales.

²⁵ En tal sentido, el art. 2 de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establecía la deducción (de 2.500 euros) por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, que se refiere a los adoptantes del mismo sexo, y la STSJ País Vasco núm. 900/2010, de 30 marzo (AS 2011\875).

corresponde en exclusiva *al otro progenitor*”), y que por tanto se prima *el contenido sobre el continente*, no es menos cierto que la norma adolece de una clara incorrección en términos de paridad e incluso de correspondencia con la realidad, pues deja al margen de la ley, en su sentido literal, precisamente a las parejas femeninas del mismo sexo, únicas a las que no cabe aplicar el término “paternidad”, sino única y exclusivamente el de “maternidad”, ya que no ocurre lo mismo con las parejas masculinas del mismo sexo, y ello porque biológicamente es imposible aplicarles el de maternidad, pero sí en todo caso el de progenitor y el de paternidad. De nuevo tenemos una diferencia de trato por razón de sexo en la propia ley que trata de evitar dicha realidad, paradójicamente... y al margen de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, *sobre valoración del impacto de género de los proyectos legislativos que elabore el Gobierno*. Y es que en este caso el reparto entre hombres y mujeres en el ámbito doméstico y familiar no tiene espacio, pero la presencia femenina en el mundo del trabajo sigue siendo un objetivo prioritario a promover por la Ley. En todo caso, convendría una adaptación de la redacción de la norma para acoger expresamente estos otros modelos de maternidad.

En el modelo *padre-padre*, teniendo en cuenta que la opción más común en estos casos será la adopción internacional, y que los periodos de descanso deben distribuirse entre ambos progenitores, las hasta cuatro semanas anteriores a la constitución de la adopción sumarán un total de ocho semanas, por lo que el periodo restante por disfrutar será de otras ocho semanas. En tales casos, y siendo de aplicación el descanso por paternidad, un total de diez semanas (salvo ampliación por adopción múltiple) deben ser repartidas entre el primer padre y el segundo, no siendo por el contrario susceptibles de reparto los trece días (más dos por nacimiento de hijo *ex art. 37.3 b) ET*), que deberán ser disfrutados en exclusiva por uno solo de los cónyuges, bien sea aquel que no haya disfrutado de periodo alguno por adopción o bien aquél que designe la pareja en cuestión. Ahora bien, el disfrute de los descansos por adopción y por paternidad, ligados en su nacimiento a la fecha de la resolución de la adopción o el acogimiento correspondientes, no siguen en la ley un orden determinado que implique que el de paternidad deba ser necesariamente posterior al de adopción, en tanto que el art. 48 bis ET dispone literalmente que “el trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión”, ergo cabe emplear el orden que estimen conveniente ambos progenitores o ambas progenitoras, siempre y cuando se respete la condición del disfrute ininterrumpido del descanso por adopción. Lo que la ley no regula expresamente es la posibilidad de que sólo uno de ellos disfrute del permiso de paternidad y, una vez agotado éste, se inicie el reparto del permiso por adopción, lo que ha de significar que el descanso de paternidad puede aplazarse hasta el agotamiento del de adopción, si no se quieren simultanear, pero no cabe aplazar el de adopción hasta agotar el de paternidad, por ligarse también éste a la fecha de la resolución de adopción, lo cual, si bien se desprende de la literalidad de la ley, no guarda demasiada coherencia con la opción inversa (el caso se resuelve en sentido negativo por la STSJ de Galicia núm. 2288/2012, de 13 abril [AS 2012\928], que niega esta posibilidad, argumentando que “la prestación ha de comenzarse a disfrutar a partir de la fecha del hecho causante..., siendo imposible su posposición”, pues de admitirse se daría lugar a una diferencia de trato con la paternidad biológica).

Lo que sí parece claro es que el derecho se limita a los supuestos en los que ambos miembros de la pareja constituyan la adopción y no a aquellos otros en los que el adoptante sea un único miembro de la pareja²⁶, en cuyo caso cabría plantear la acumulación de los descansos, por adopción y por paternidad por tratarse de familia monoparental, si bien la norma expresamente se refiere en exclusiva a dos progenitores, sin considerar a las familias monoparentales, ni para este supuesto algo más extraño²⁷, ni para el más habitual caso de las familias monoparentales en las que existe un único progenitor sin pareja dentro de la unidad familiar.

No obstante lo anterior, la última de las reformas acogió el supuesto de las madres no beneficiarias del derecho, a efectos de que éste pudiera ser disfrutado por “el padre”, de suerte que la norma reza en su tercer párrafo que “en el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones *de acuerdo con*

²⁶ Algunas resoluciones judiciales niegan el derecho también cuando esta situación se modifique sobrevenidamente y el otro miembro de la pareja adopte al hijo de la primera. Cfr. STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 116/2009, de 20 de enero (JUR 2009\252509), por entender que el descanso y la prestación ya se habían consumido en su integridad por el primer cónyuge del mismo sexo. Sin embargo, este argumento en su literalidad podría conducir a la exclusión del derecho en las adopciones nacionales, en las que muy probablemente los respectivos progenitores ya se hubieran beneficiado con anterioridad de su correspondiente derecho al descanso por maternidad y paternidad por parto, cuando el elemento fundamental es cubrir la convivencia necesaria para forjar la relación nacida de la adopción, por lo que el derecho sería excluible sólo cuando no hubiera habido convivencia anterior, y por consiguiente éste el elemento clave, la convivencia como circunstancia propicia para haber facilitado el mutuo conocimiento previo y la accesoriadad de un nuevo periodo de descanso con los mismos fines (por su parte, la STS de 15 de septiembre de 2010 (Sala de lo social) abunda en este argumento afirmando que “en numerosos supuestos de adopción legalmente previstos, no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente, como pueden ser los regulados en el artículo 176, apartados 1, 2 y 3 del Código Civil -ser pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del consorte del adoptante, llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo- en los que habitualmente ha habido convivencia previa de adoptante y adoptado”). En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016), casada no obstante por la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7428), que acogió la tesis contraria, arguyendo, entre otras razones, que *la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia*. Vid. un comentario a la misma en GÓMEZ GORDILLO, R., «Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción», *Aranzadi Social*, núm. 21/2011 (BIB 2010, 3183).

²⁷ La realidad siempre nos demuestra que puede ser más rica e “imaginativa” que la norma y nos ofrece casos excepcionales, como el enjuiciado por la STSJ Castilla-La Mancha, núm. 1042/2010, de 22 junio [AS 2010\1758], sobre nacimiento de hijo biológico y adopción de otro hijo, mediando entre ambos un mes), en la que se interpreta restrictivamente el derecho para negarlo en un caso como éste en el que el periodo de descanso permitía atender al hijo recién recibido en adopción mientras se atendía al recién nacido, pues ambas circunstancias se habían producido simultáneamente en el tiempo, lo que haría innecesario dotar un nuevo periodo de suspensión posterior al agotamiento del primero si este nuevo periodo se situaría ya en un momento alejado del que requiere la atención continuada. De igual modo, podría plantearse la concepción extramatrimonial y por tanto el conflicto de un triángulo de paternidad. En este caso, pese a que la paternidad se presuma dentro del matrimonio, de acuerdo con el art. 116 C.c., cabría la atribución del derecho al padre biológico en supuestos en que exista concepción extramatrimonial, si bien podrá producirse una dificultad probatoria en el ámbito de la relación de trabajo si el derecho se pretende ejercitar, como es natural, antes de la determinación de la paternidad cuando medie matrimonio y convivencia matrimonial con un tercero, a salvo de los medios de determinación de la paternidad establecidos en el art. 120 C.c.

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, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente”.

Esta solución *ad hoc* prevista para dar respuesta única y exclusivamente al caso citado, provoca la posible acumulación de descansos, por maternidad y por paternidad, en los padres cuyas parejas trabajen pero no tengan derecho a la suspensión de su actividad, pero excluye, en un doble rasero de trato, a aquellas otras que tengan carácter monoparental. No parece razonable que la finalidad perseguida, que no es otra que la intensificación de los cuidados en un solo miembro de la pareja por imposibilidad del otro, no ampare a las familias monoparentales en las que se da idéntica circunstancia (o incluso mayores dificultades), por tratarse de una persona que en solitario debe hacerse cargo de los cuidados del recién nacido (o adoptado).

2.2. Kafalas y guardas.

Entre estas nuevas realidades tuteladas por el Derecho de familia (Ley 54/2007, de Adopción Internacional²⁸, y Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de Adopción internacional, el Convenio de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño) y con incierta solución jurídico-laboral, existen instituciones adoptivas o pseudo adoptivas que implican para los aspirantes a la adopción la necesidad de conciliar tiempos, pero que no tienen reconocimiento expreso en la legislación laboral o de la función pública.

Es el caso de las figuras musulmanas de la *kafala* y de la *tutela dativa*, expresamente reconocida por el art. 203 del Convenio de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, así como por el Convenio de Nueva York sobre los derechos humanos del niño, cuyo artículo 20 reconoce expresamente la kafala del derecho islámico como «protección de reemplazo» al mismo nivel que la adopción (STEDH de 4 de octubre de 2012, *asunto Harroudj contra Francia*).

Se trata de una figura prevista en las legislaciones musulmanas, basadas en la protección al menor abandonado o en desamparo y en la prohibición de la adopción en el Corán (y en la *Moudawana*, o Código de Familia marroquí, cuyo art. 149 establece que “la adopción no tiene valor legal y no produce ninguno de los efectos de la filiación legítima”, o el art. 46 del Código de familia argelino, que igualmente permite la kafala, pero prohíbe la adopción). Estos límites determinan la imposibilidad de constituir una adopción en países regidos por Derecho islámico (salvo las figuras excepcionales de la *jaza* o adopción de gratitud y la *tanzil*, la adopción testamentaria²⁹) y la posibilidad alternativa de formalizar únicamente acogimiento o guarda, sin equiparación con la adopción, aun cuando la finalidad perseguida sí pueda ser equiparable al de tal figura.

²⁸ Algunas críticas a la misma en CALVO CARAVACA, AL. -CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Vol. 2, núm. 1. 2010; y en ARENAS GARCÍA R.- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), núm. 17, 2009 (disponible online en <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/ley-542007-28-diciembre-adopcion-internacional-entre-realidad-deseo>).

²⁹ Según el art. 149 *in fine* de la *Moudawana*, estos tipos de adopción “no prueban la paternidad y están sujetos a las condiciones del testamento”. Puede consultarse el texto en <http://www.hrea.org/moudawana.html>.

La *kafala* musulmana³⁰, figura próxima al acogimiento permanente (y constituirse por decisión judicial o por acta notarial), determina como tal una adopción no “plena” (hoy suprimida de nuestra legislación), por cuanto la legislación (marroquí, pues la mayor parte de adopciones intentadas por ciudadanos españoles se están desarrollando en dicho país) niega la extinción de la filiación biológica (art. 2 de la Ley N.º 15-01, de 13 junio de 2002, de guarda de menores abandonados³¹: “la guarda (Kafala) de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, consiste en el compromiso de hacerse cargo de la protección, educación y manutención de un niño abandonado del mismo modo que lo haría un padre con su propio hijo. La Kafala no confiere derecho a la filiación ni a la sucesión”), como es natural en un acogimiento, y dispone por tanto la conservación de nacionalidad y religión.

Según la circular más reciente del gobierno marroquí *Circulaire N.º40 S/2 Du Ministre de la Justice et des Libertés*, dictada por el Ministro de Justicia y Libertades (El Mostapha Ramid³²), se establece como condición a su otorgamiento la residencia en el país³³.

La aplicación de esta circular plantea, desde el punto de vista tratado, una dificultad adicional a la conciliación, pues los tutores (*kafils*) no sólo deben garantizar la proximidad del acogido con su origen (familia, religión...) y por tanto el contacto incluso físico con el país de manera periódica pero a la postre ocasional (lo cual podría garantizarse durante el periodo de vacaciones anuales, con las dificultades adicionales de coordinación de periodos vacacionales de ambos progenitores, si los hay), sino, desde hace unos meses, el contacto permanente a través de la residencia en el país. En este caso la conciliación de vida familiar y laboral pierde sentido, pues los adoptantes deberán abandonar su puesto de trabajo y residencia habitual para formalizarla en el país vecino.

En cualquier caso, y por lo que respecta al ejercicio de los derechos para conciliar la vida familiar y laboral en los supuestos de tutela dativa musulmana en los que sea posible mantener la residencia en el país del adoptante (las realizadas hasta el momento o las

³⁰ Vid. sobre su concepto y régimen GIMENO RUIZ, A.: “Kafala, adopción internacional y orden público internacional”, *Noticias Jurídicas*, Diciembre 2010, disponible online en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201012-82312548977425.html>; y DIAGO DIAGO, M.P.: “La “Kafala” islámica en España”. *Cuadernos de Derecho transnacional*. Vol 2. nº 1. 2010.

³¹ Su art. 24 dispone que «la personne assurant la kafala peut quitter le territoire du Royaume du Maroc en compagnie de l'enfant soumis à la kafala en vue de s'établir d'une manière permanente à l'étranger avec l'autorisation du juge des tutelles et ce dans l'intérêt des parties. En cas d'obtention de l'autorisation du juge, une copie en est envoyée aux services consulaires marocains du lieu de résidence de la personne chargée de la kafala, afin de suivre la situation de l'enfant et de contrôler l'exécution par cette personne des obligations prévues à l'article 22 ci-dessus par tous les moyens que lesdits services jugeront adéquats, tout en informant le juge des tutelles compétent de tout manquement à ces obligations. Le consul adresse au juge des tutelles des rapports sur la situation de l'enfant et peut lui suggérer toutes mesures qu'il jugera adéquates, y compris l'annulation de la kafala». Vid. texto traducido al castellano en <http://158.109.36.104/traduccion.html>.

³² Disponible en <http://158.109.36.104/circular.html>.

³³ La Circular afirma que los requisitos exigidos por el artículo 9 para Kafils, especialmente con respecto a su capacidad moral, social y de su capacidad para criar a un niño abandonado por los preceptos del Islam, no constituye ningún problema particular a la Comisión instituida en virtud del artículo 16, cuando se trata de personas que residen habitualmente en Marruecos, pero que no sucede lo mismo cuando los solicitantes kafala sean extranjeros y no residan en Marruecos. En estos casos, se hace difícil verificar información y datos sobre ellos, a pesar de que constituyen la base para la decisión del Juez de Menores de conceder o denegar la kafala. Por tal razón y atendida la imposibilidad de verificación y control que exige la correcta tutela de estos menores, ordena la no aprobación de la adopción si los adoptantes extranjeros no residen habitualmente en el territorio de Marruecos.

que se deriven de un eventual acuerdo entre España y Marruecos), ha de tenerse presente que en estos casos lo que se formaliza no es la adopción a la que se refiere el art. 48.4 ET (o 49 de Ley 7/2007, de 12 de abril, *del Estatuto Básico del Empleado Público*), en ninguna de sus formas, sino en realidad un acogimiento (como es el caso de la kafala, constituida mediante sentencia de declaración de abandono, y autorización de acogimiento permanente), aun cuando se le denomina tutela o guarda, tutela (no propia, pues no tiene los efectos asignados a esta figura en nuestro Derecho³⁴) que se constituye judicialmente y otorga la representación legal del menor al tutor designado por el juez, y que, como tal, no se encuentra expresamente recogida en el citado precepto, pero sí en su norma de desarrollo en cuanto respecta a su protección económica por el sistema de la Seguridad Social (art. 2.1, tercer párrafo del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo³⁵). No obstante, siendo los efectos los de un acogimiento, conforme sí señala expresamente el art. 45.1 d) ET al remitirse a la *legislación civil* (de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen) que con esta cláusula de cierre (inserta en el art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, afirma que “*se consideran jurídicamente equiparables aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación*”) solventa posibles dudas interpretativas, la imposibilidad de constituir adopción posterior excluye la duplicidad de solicitudes por el mismo o distinto progenitor-cónyuge en estos casos. Todo ello salvando la práctica que se había seguido en nuestros juzgados de formalizar la adopción pese al impedimento de la legislación de origen, aplicando el principio del *interés superior del menor*³⁶, aun cuando la Convención de la Haya de 29 de mayo de 1993 establezca que la adopción que establece vínculo de filiación sólo puede darse si las autoridades competentes del Estado de origen han establecido que el menor es adoptable [art. 4a) apartado 19] y, por tanto, no cabe en los términos de la Convención de La Haya de 1996, relativa a la competencia, la legislación aplicable, el reconocimiento,

³⁴ La STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 610/2010, de 25 junio (RJCA 2010\690) sostiene que la figura es equiparable a la tutela. Por el contrario, el auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) núm. 29/2012, de 23 marzo (JUR 2012\163543), sostiene la imposibilidad de constituir tutela, ante el carácter irrenunciable del derecho de los padres a la patria potestad.

³⁵ La norma en cuestión ampara la tutela dentro de ciertos parámetros: “asimismo, se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor”.

³⁶ En tal sentido, autos de la AP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 153/2011, de 27 junio (AC 2011\2030) y núm. 86/2006 de 28 marzo (JUR 2008\149354). El mismo tribunal (y sección) se pronuncia en sentido contrario en el auto núm. 230/2011, de 3 noviembre (JUR 2012\33503), por no concurrir la condición de desamparo, pues los padres del menor no habían sido privados de la potestad ni éste declarado en desamparo, o en situación de abandono en Marruecos. No obstante, la STEDH de 4 de octubre de 2012, *asunto Harroudj contra Francia* (TEDH 2012\89), afirma que “en veintidós de los Estados contratantes que han sido objeto de un estudio de legislación comparada (Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia– Herzegovina, Dinamarca, España, Finlandia, Georgia, Grecia, Irlanda, Italia, ex República Yugoslava de Macedonia, Holanda, Reino Unido, Rusia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania), donde, teniendo en cuenta factores históricos, sea porque la mayoría de la población es tradicionalmente musulmana, o sea porque existe una comunidad o comunidades musulmanas suficientemente importantes, ninguno asimila una kafala establecida en el extranjero a una adopción. *Allí donde los tribunales nacionales han reconocido los efectos de una kafala pronunciada en el extranjero, siempre la han equiparado a una tutela, custodia o colocación para adopción*”. (cursiva propia).

la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección del niño (apartado 20), que incluye dicha institución (con el consiguiente “quebrantamiento de compromisos formales suscritos frente a las autoridades magrebíes”³⁷). No obstante lo cual, de acuerdo con el criterio sentado en la STEDH de 4 de octubre de 2012, *asunto Harroudj contra Francia*, que afirma la posibilidad de equiparar los efectos del acogimiento con la figura de la adopción y la integración de la menor aún no adoptada [“eliminar gradualmente la prohibición de la adopción, el Estado demandado, que pretende favorecer la integración de los niños de origen extranjero sin cortarlas inmediatamente con las normas de su país de origen, respeta el pluralismo cultural y consigue un justo equilibrio entre el interés público y el de la (adoptante)”].

La transformación de la *kafala* en adopción³⁸, pese a su prohibición en el Estado de origen del menor, determinará, si así se autoriza judicialmente, el nacimiento del derecho previsto en el art. 48.4 ET y 49 EBEP, siempre y cuando el acogimiento o *kafala* anterior de dicho menor no hubiera dado lugar a un descanso por adopción, aunque sí podría generar un nuevo derecho para el nuevo adoptante si la *kafala* sólo se constituyó por uno de los progenitores de la pareja adoptante.

En cualquier caso, no se conocen supuestos que encajen en la hipótesis mantenida desde el punto de vista de los derechos laborales. No así desde el punto de vista de la protección por el sistema de la Seguridad social en el ámbito de las prestaciones de orfandad, de la que es muestra la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 3ª), núm. 58/2008, de 31 enero (AS 2008\959)³⁹, que, equiparando las finalidades de ambas figuras, adopción y *kafala*, en cuanto respecta a su función asistencial hacia el menor, considera justificado el reconocimiento de tal pensión al menor en caso de fallecimiento de su guardador, en atención al fin buscado por la pensión de orfandad, que no es sucesorio (lo cual viene excluido en el Derecho marroquí y otros musulmanes), sino de protección frente a una situación de necesidad.

2.3. Maternidad subrogada o gestación por sustitución.

La llamada *maternidad subrogada* no cuenta tampoco con una respuesta expresa por parte de nuestra legislación social, principalmente por dos argumentos, uno de orden legal y otro de carácter práctico: en el primer caso porque estamos ante figuras sin aceptación específica en nuestra legislación nacional, que trata de dar respuesta a las situaciones acontecidas fuera de nuestras fronteras cuando éstas pretenden obtener reconocimiento en España; y en el segundo caso porque en realidad la figura a través de la cual se accede a la paternidad (o maternidad) no es la biológica, sino la adoptiva, y en tal supuesto la respuesta legal se liga a la forma de constituir la adopción y a su

³⁷ ARENAS GARCÍA R.- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional: entre la realidad y el deseo”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), núm. 17, 2009 (disponible online en <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/ley-542007-28-diciembre-adopcion-internacional-entre-realidad-deseo>, p. 18.

³⁸ Posibilidad que, según ARENAS GARCÍA y GONZÁLEZ BEILFUSS (op.cit., p. 19), cabría plantear con la Ley 54/2007 como adopción de menor de nacionalidad extranjera (o bien mediante la tramitación con carácter previo de la solicitud de la nacionalidad por residencia conforme al art. 22.2 c) CC) y de acuerdo con el art. 176.2 C.c. Ante esta realidad no es de extrañar la reacción del gobierno marroquí mediante la Circular N°40 S/2.

³⁹ La inexistencia de supuestos semejantes impidió la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, por auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009.

reconocimiento en nuestro país, aunque en sentido estricto también es descartable su calificación como “filiación adoptiva”, si se parte de que la resolución de la que traiga causa se limite a la inscripción como hijo propio, y no adoptivo, del nacido por subrogación o gestación por sustitución, sin calificar expresamente qué tipo de filiación está constituyendo, y creando la apariencia de que en realidad se trata de una filiación biológica *por ficción*.

Lo cierto es que, con independencia de las consideraciones bioéticas⁴⁰, la reproducción asistida está amparada en el sistema de la Seguridad social cuando se realiza conforme a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, y como método subsidiario para la infertilidad en las prestaciones sanitarias públicas, ex ap. 3.5.º.b) del Anexo al Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, *sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud* (diagnóstico y tratamiento de la infertilidad), pero no la gestión por sustitución.

En efecto, lo que la ley española no ampara es la *gestación por sustitución*, de acuerdo con el art. 10.1 de la Ley 14/2006, que dispone la nulidad del contrato que le da lugar («será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero⁴¹), y la atribución de los hijos nacidos por esta vía a la madre biológica (“art. 10.2: “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”). Por otra parte, el art. 113 del Código Civil establece que «la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado». Y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su art. 27 admite el documento extranjero que cumpla los requisitos de los arts. 96 y 97 de la misma ley⁴² (vía exequátur o por el Encargado del Registro Civil, pero en ambos casos superando el obstáculo del orden público español, esto es, que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español), mientras que el art. 28 (sobre Certificaciones de Registros extranjeros) exige para practicar inscripciones sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero, “el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España”. En definitiva, la inscripción en el Registro civil español está sujeta a la firmeza de la resolución de la que traiga causa y a que no sea manifiestamente contraria al orden público español, amén de los requisitos legales formales pertinentes

⁴⁰ Vid. sobre este particular y su aplicación en el ámbito social, en particular en el ámbito de las prestaciones sanitarias, PÉREZ GÓMEZ, J.M.-RUEDA SILVA, D.: “La investigación y experimentación genética humana en la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida”. *Aranzadi Social* núm. 12/2002. BIB 2002\1721.

⁴¹ El auto de la AP Madrid (Sección 24ª), núm. 1341/2012, de 3 diciembre (JUR 2013\15881), niega la inscripción en el registro civil en virtud de la nulidad del contrato celebrado en Colorado, y sancionado por Sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (E.E.U.U.) en fecha 5 de noviembre de 2009, ya que dicha nulidad determina que no sean cumplidos los requisitos del art. 954.3 de la L.E.C. de 1881 para acceder a la ejecución de tal sentencia.

⁴² Según el art. 96 (*Resoluciones judiciales extranjeras*), “sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley”. El art. 97. 4.º exige de nuevo que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

establecidos en las citadas normas. Sin embargo, no se afirma expresamente que tales formas de práctica de la inscripción estén vinculadas a una adopción en concreto, por lo que pueden abrir la puerta a las que provienen de una resolución que reconoce la filiación amparada en una gestación ajena y transferida mediante contrato (“contrato de gestación”).

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ya había admitido la inscripción de un nacimiento derivado de una gestación por sustitución con renuncia materna a la filiación, por Resolución de 8 de febrero de 2009, dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* (BOE de 7 de octubre)⁴³, para dar una respuesta explícita y dotada de la necesaria seguridad jurídica a la “oleada” de migraciones de gestaciones provocadas por la apertura de estas nuevas formas de maternidad/paternidad en diversas legislaciones extranjeras, como la de algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, a la par que huir de supuestos de tráfico internacional de menores. Pues bien, la Instrucción admite dicha inscripción registral del menor siempre y cuando exista una previa resolución judicial dictada con todas las garantías exigibles a la renuncia a la filiación por la madre biológica, y que tal resolución judicial tenga reconocimiento en España, bien sea en un procedimiento contencioso (en cuyo caso se requiere exequátur si no existe Convenio internacional), o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (si la resolución cumple las condiciones de para su reconocimiento en España)⁴⁴.

⁴³ CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 294-319; FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», *In Dret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2010, pp. 11 y 12; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, Sección Tribuna, 3 noviembre de 2010, p.4; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “Eficacia jurídico- registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2011, parte Estudio; CASAL, P.: «Embarazos por encargo, la polémica de los vientres de alquiler», *Mètode: Revista de difusió de la Investigació*, nº. 71, 2011, <http://www.metode.cat/es/revista/53-la-cara-del-dolor>. En el ámbito laboral, vid. HIERRO HIERRO, F. J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”. *Aranzadi Social* núm. 6/2012, paraf. 41/2012. BIB 2012\2899, y SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”. *Aranzadi Social* núm. 9/2013. BIB 2013\17.

⁴⁴ En su virtud, la Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. *De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción. Y establece como condiciones de acceso al registro: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo*

Admitido, pues, por nuestro Derecho, el efecto de una figura *inexistente* en España y sin reconocimiento legal en el Derecho español, en cuanto a la filiación y a su inscripción, aun cuando la norma se refiere al “orden público”, por lo que se admite que esta figura no contraviene “manifiestamente” el orden público español, y consideraciones bioéticas y jurídicas aparte, lo cierto es que el acceso a la paternidad por esta vía, no definida tampoco como la adopción, y descartada la maternidad biológica por haber sido objeto de renuncia por la madre (cuestión distinta es que el donante masculino pueda ser el padre de esta subrogación y por tanto realmente pueda ser el padre biológico), da lugar a efectos jurídicos en España. Y, por lo que interesa al tema tratado, circunscrito al ámbito laboral y de la Seguridad social, se produce un doble orden de discordancias:

- a) la primera, derivada de que ni estamos ante un caso de maternidad o paternidad biológica (a salvo los supuestos en los que uno de los progenitores sea efectivamente el dueño del óvulo o el esperma), y por tanto el supuesto no está expresamente previsto en el art. 48.4 o el 48 bis ET o en el 49 EBEP, que hablan de maternidad biológica o de adopción o acogimiento, pero no de otras formas de filiación (naturalmente porque ni en la fecha de redacción del precepto se intuía, ni a fecha de hoy se admite en nuestro Derecho), si bien expresamente el art. 2 del reglamento de desarrollo en materia de prestaciones (RD 295/2009) sí se refiere a la equiparación a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, de *aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación*;
- b) la segunda, que se plantea tanto en este caso como en todos aquellos en los que la adopción se realice en el extranjero, entre la fecha de la resolución de la filiación y su reconocimiento en España, y que atañe al momento de disfrute del derecho. Atendida la finalidad de la norma, que literalmente se refiere a que el periodo de descanso por adopción o por paternidad se inicia con la resolución judicial por la que se constituye la adopción, y considerada la naturaleza internacional de la adopción, con si posible inicio antes de la fecha de la resolución, no cabe otra opción “práctica” que atenerse a la fecha de la resolución inicial, y no definitiva, de la adopción, y, por tanto, excluir su cómputo desde la inscripción en el Registro civil español. Ahora bien, cabe plantear si, de no hacer uso de este derecho de anticipación del disfrute del descanso (v.g. por formalizarse durante el periodo de vacaciones), puede o debe situarse el inicio de éste en la fecha de la inscripción registral una vez resuelto el exequátur, si procediera, de acuerdo con la STS de 9 de diciembre de 2002 (RJ 2003\1946)⁴⁵ y conforme al art. 9.5 C.c. (“atendiendo a su espíritu y finalidad, implica que la suspensión de la relación laboral por maternidad tiene como fundamento la necesidad de convivencia y contacto permanente entre madre e hijo”, afirma la Sentencia citada, o “el contacto afectivo”⁴⁶).

de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

⁴⁵ En el mismo sentido y asimismo para los países de adopción no incluidos en el Convenio de La Haya, SSTSJ Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), núm. 833/2011, de 24 marzo (AS 2011\1066), y núm. 74/2003, de 10 enero (JUR 2003\174054). Vid. asimismo STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), núm. 1706/2009, de 26 mayo (JUR 2009\344748).

⁴⁶ STSJ de Madrid núm. 1092/2001, de 6 septiembre (JUR 2002\12253).

El acceso al derecho en el ámbito puramente laboral (el derecho al descanso y en particular a la prestación por maternidad/adopción) ya se les ha planteado a nuestras instituciones y tribunales, que han resuelto la cuestión en términos de remisión a la legislación civil. En particular, los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias, Cataluña y Madrid, entre los que se encuentran publicados ya, han resuelto favorablemente sobre el reconocimiento del derecho en caso de maternidad subrogada en el extranjero (Los Ángeles, Estado de California en los casos citados), con inscripción del nacimiento y filiación en el lugar de origen y reconocimiento de dicha inscripción en el Estado español (STSJ de Asturias núm. 2320/2012, de 20 septiembre [AS 2012\2485] y STSJ Madrid núm. 668/2012, de 18 octubre [AS 2012\2503]).

En concreto, la primera de ellas (Asturias) rechaza el examen de la cuestión a la luz del posible fraude de ley, que debe descartarse en la conducta enjuiciada, considerando que la cuestión debe resolverse sobre la base del elemento fundamental: el interés del menor, que es un interés «superior» (conforme con el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), “de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos”, “y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones”. Y, junto a éste, la propia dicción del art. 2 del Real Decreto 295/2009, que considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lleva a concluir que este tipo de casos de filiación está también amparados en la norma.

La segunda de las sentencias citadas (Madrid) (que sigue la doctrina sentada en la anterior de 30 de noviembre de 2009 [AS 2010, 277]), recuerda que, conforme a inveterada jurisprudencia (ATS 7-2-55), las diferencias entre las resoluciones recaídas en actos de jurisdicción contenciosa y de jurisdicción voluntaria “desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él”, por lo que la validez del acto inscribible se somete a los requisitos legales (a) la presentación ante el encargado del Registro civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente; b) que el procedimiento seguido ante el mismo sea equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria (es decir, que no haya contienda), siendo de reseñar al respecto que el Tribunal Supremo reconoce a dicho Encargado habilitación para reconocer la resolución judicial extranjera con carácter previo a la inscripción; c) que el órgano jurisdiccional extranjero haya basado su propia competencia en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española; d) que dicha resolución haya respetado el interés superior del/de la menor, subrayando el hecho de la custodia inmediata y total de los padres intencionales y la ruptura absoluta del vínculo con la madre gestante (SSTSJUE de 2-10-03 y 14-10-08 acerca del derecho del menor a gozar de una identidad única); y, e) el conocimiento de esta última del alcance de su renuncia y el carácter absoluto de la misma, a todo lo cual la Resolución da una respuesta positiva en este caso al admitir la inscripción), que, de cumplirse, no cuestionan la compatibilidad del acto inscribible con la legislación española. Que el derecho al descanso y a la prestación por adopción "es la cobertura prestacional a una situación de intereses complejos entre

los que destaca, como predominante, la atención del menor durante la etapa inicial de su vida familiar, apareciendo como coyunturales la necesidad de atención a la madre, como consecuencia del parto....." y que "el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral así como también "favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral", lo que es aplicable a las familias de la naturaleza o clase que sea". Finalmente, la sentencia comentada basa su decisión en que el presupuesto de hecho no se corresponde con el propio del art. 48.4 ET, pues no existe maternidad biológica, ni adopción ni acogimiento, ya que quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. Afirma la sentencia que los progenitores así reconocidos "ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto" del derecho. Y, en definitiva, se concluye, *la interpretación extensiva de la norma se impondría en una situación como la presente en virtud de lo que dicho concepto supone de inclusión en una norma de casos no expresos en ella pero virtualmente insertos en su espíritu, de tal modo que tiene lugar cuando el sentido hallado es más amplio que la letra de la norma, lo que ocurre si la fórmula verbal empleada por ésta dijo menos de lo que realmente quería decir, esto es, que el texto legal es extendido mediante esa clase de interpretación a supuestos comprendidos en su verdadero sentido, aunque no en su estricta dicción.*

Conclusivamente, el art. 48.4 ET, el 48 bis ET, o el 49 LBEP, amparan el derecho a no prestar servicios durante un número determinado de semanas (dieciséis) con el fin de atender a la llegada al hogar de un menor y facilitar el establecimiento de los vínculos afectivos y de todo orden que ello precisa, a cuyo interés, por tanto, y admitida en nuestra legislación la validez del origen de ese vínculo (en el caso de la gestación por sustitución por reconocimiento legal de la resolución extranjera que admite la inscripción de tal filiación), carece de relevancia el título en virtud del cual se establezca esa filiación o, en su caso, pre-filiación (acogimiento), o "para-filiación" (*kafala*).

No existe aún pronunciamiento de la Sala Social del Tribunal Supremo, si bien se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina contra algunas de las sentencias estimatorias citadas y otras que no han sido mencionadas, pendiente aún de resolución, pero el camino emprendido en la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428) anuncia una respuesta positiva, que será en todo caso matizada por las dificultades de orden público generadas por la no admisión en nuestro Derecho de estas formas de acceso a la paternidad, por sustitución y en virtud de un contrato privado de cesión del hijo concebido a su nacimiento.

2.4. Custodias compartidas y familias monoparentales "de facto"

Entre las nuevas realidades familiares que conforman un nuevo mapa familiar en España se encuentran algunas que no han encontrado aún soluciones jurídicas apropiadas adaptadas a su singularidad en el ámbito laboral. Es el caso de las familias provenientes de separaciones y divorcios y el nuevo régimen de atención a los menores que determina la atribución de la guarda y custodia de los mismos, y, por otro lado, la propia singularidad de las familias monoparentales, bien sea las que tuvieron su origen como tales o las que tienen carácter sobrevenido y, pese a que no estemos ante hijos carentes

de alguno de sus progenitores, lo cierto es que su realidad fáctica sí obedece a dicho esquema, pues de facto actúan y operan como familias monoparentales.

Pues bien, ni unas ni otras familias son consideradas a los efectos tratados, esto es, la adaptación de las condiciones y especialmente de los tiempos de trabajo, para introducir modulación alguna de tales derechos en función de sus necesidades particulares. El Derecho del Trabajo vive, pues, a espaldas de estas realidades sociales, cada vez más comunes.

Respecto de la primera de las situaciones citadas, y en concreto las custodias compartidas de los menores, se impone la necesidad de adaptar, de forma sobrevenida, los usos personales y domésticos, y por ende su combinación con los laborales, de cualquiera de los progenitores cuando el funcionamiento de la familia se altera como consecuencia de la separación de los progenitores, tanto si la custodia atribuida recae sobre uno de ellos, la madre (o el padre en su caso), como si se fija un régimen de custodia compartida (cfr. STEDH de 7 de octubre de 2010 [TEDH 2010\100], *Caso Konstantin Markin contra Rusia*, sobre denegación de excedencia a militar masculino para hacerse cargo de sus hijos tras su divorcio⁴⁷). En ambos casos, las normas de funcionamiento para tratar de conciliar la vida laboral y familiar no pueden ser las mismas que las que inspiraron la regulación de estos derechos y sus sucesivas modificaciones, en especial la derivada de la LO 3/2007, de 22 de marzo. Y no pueden serlo porque las necesidades son totalmente diferentes, y además requieren de una adaptación a veces drástica respecto del status quo anterior, y por consiguiente una reordenación de las pautas que el trabajador o la trabajadora vinieran aplicando con anterioridad a la separación o al divorcio. Esta diferencia es clara si se piensa en la custodia compartida, y en que los periodos asignados o acordados de convivencia con cada progenitor necesariamente van a determinar el modo como debe conciliarse vida familiar y laboral, de suerte que según el periodo considerado pueda no ser precisa flexibilidad alguna o, por el contrario, ésta deba ensancharse (según la alternancia de convivencia-no convivencia con los menores). Por ello la flexibilidad necesaria para estos casos no puede medirse exactamente con los mismos parámetros que en los casos más generalizados, como no lo puede ser tampoco en los casos en los que deba atenderse a un menor con discapacidad o enfermedad grave, o en los casos de familias monoparentales, donde todas las responsabilidades de guarda y cuidado recaen sobre una única persona de manera permanente.

Sin embargo, la norma está orientada al reparto simultáneo, no en alternancia, de tales responsabilidades, y permite ciertas adaptaciones, dentro de los ya criticados límites legales comentados (v.g. reducción de jornada), más acorde con el espíritu del art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 («los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»), del art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («en caso de separación de

⁴⁷ La negativa se juzgó discriminatoria, declarando la vulneración existente del art. 14 en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el alcance del art. 14 CEDH, que sanciona el principio de no discriminación, «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», cláusula abierta que incluye la orientación sexual, así como el art. 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño», o del art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

Por lo que respecta a las familias monoparentales (definidas por el artículo 17.2 del Real Decreto 295/2009, como "la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia", aunque esta norma se ciñe al ámbito de los descansos por maternidad o adopción, STSJ Madrid núm. 668/2012, de 18 octubre [AS 2012\2503]), los problemas de adaptación de la norma se aprecian desde más antiguo, por tratarse de realidades más habituales en nuestra sociedad, si bien la opción de la maternidad en solitario está determinando un aumento en el colectivo afectado por esta falta de respuesta específica. La diferencia con el caso anterior, en el que el trabajador o la trabajadora puede ofrecer un rendimiento "no obstaculizado" por la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral a periodos alternos (aquellos en los que no necesita dicha conciliación por no hallarse al cuidado de los hijos), que necesariamente debe combinarse con la necesaria flexibilidad para los periodos en los que se convierte en familia monoparental de facto, por hallarse al cuidado de los menores como único responsable, y por tanto, precisa de un "efecto fuelle" de las condiciones de conciliación de vida familiar y laboral, es que en este caso esta responsabilidad es permanente y no precisa de adaptaciones cíclicas o temporales. Por el contrario, las necesidades de conciliación se intensifican de una manera permanente e inalterable, pero tampoco fórmulas como la reducción de la jornada simplifican la vida de las personas en esta situación si se considera que además son las únicas sustentadoras de la familia a la que deben atender, por lo que la reducción de la jornada es aún una fórmula menos adecuada para sus necesidades. Así, pues, al margen de los supuestos en que sean otros parientes, y señaladamente los abuelos, quienes se hagan cargo de la atención más continuada del menor o los menores (interpretación que cabe en el marco de la reducción de la jornada e incluso de la excedencia por cuidado de familiares cuando tales parientes realicen actividades retribuidas), ¿cuáles son, pues, las fórmulas legales que dentro del marco legal vigente se orientan a promover el trabajo de estas personas y la atención directa a su familia? Sin duda, la flexibilidad de tiempos y de fórmulas de trabajo que primen la productividad sobre el *presentismo*.

3. Conclusión

Seguramente no es necesario añadir a las consideraciones realizadas a lo largo del texto anterior nada distinto a la conclusión anticipada en el abstract: el marco regulador de la llamada conciliación de la vida familiar y laboral no está preparado para dar respuesta a las nuevas realidades familiares que la diversificación de modelos familiares nos ha deparado, y que precisan de un ajuste más adecuado a cada uno de estos modelos, y no lo está sencillamente porque, pese al empeño en facilitar medidas específicas que la promuevan y la hagan efectiva en diversos instrumentos (convenios colectivos, prácticas de empresa, guías de uso y de buenas prácticas), el marco legal se aferra a la estructura tradicional, que se empeña en no cambiar ni innovar, sino en reformar, para mantener.

Esta evidencia es mayor en el ámbito privado, y explica que las figuras que en el Estatuto de los Trabajadores sigan siendo exactamente las mismas, a salvo de la excedencia por cuidado de familiares y la suspensión del contrato por paternidad, que las previstas en la redacción originaria de dicho texto (1980) y aún antes, bajo la legislación que le precedió, y que las sucesivas reformas se hayan encaminado a retocar esas mismas figuras, sin abrir las posibilidades a fórmulas realmente flexibilizadoras que permitan una efectiva compatibilidad entre el trabajo y la atención a hijos y a otros familiares dependientes, y que no impliquen haber de abandonar, total o parcialmente, de forma permanente o definitiva, el puesto de trabajo y la carrera profesional. Y los intentos en tal sentido, como el del art. 34.8 ET, se han efectuado con más prudencia que deseo, y se han interpretado con una literalidad poco esperanzadora, menos aún en época de crisis como la que vivimos.