

STSJ de Murcia de 23 de enero de 2015, recursos 273/2013

No es posible la cesión al padre del permiso de maternidad cuando la madre no es funcionaria ni trabajadora por cuenta ajena (acceso al texto de la sentencia)

El demandante, subinspector de Hacienda, solicitó disfrutar del correspondiente permiso de maternidad. La madre del recién nacido era abogada en ejercicio y no tenía cubierta la protección por maternidad.

El TSJ señala lo siguiente:

- **El permiso de maternidad se configura como un derecho de la madre**, que tiene por objeto la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (SSTC 75/2011, 78/2011 y 152/2011 y jurisprudencia del TJUE).
- Dentro del permiso **se distingue entre un período de descanso obligatorio** (las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto) que la madre ha de disfrutar necesariamente en aras al propósito de garantizar su recuperación; **y un período de descanso voluntario** (las semanas restantes), que la madre puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también trabaje, lo que, siguiendo al TC “explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la funcionaria madre, ésta pueda ceder al padre, cuando él también trabaje por cuenta ajena, el disfrute del período de descanso voluntario en su integridad o parcialmente”. De este modo, si la madre no ostenta ese derecho por no ser funcionaria o trabajadora por cuenta ajena, no puede ceder al padre el derecho a disfrutar de ese período de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene.
- En el supuesto planteado, **aunque la madre manifestara expresamente que cedía su derecho al padre, no ostentaba la condición de funcionaria, ni de trabajadora por cuenta ajena, sino por cuenta propia y, por tanto, no puede ceder un derecho del cual carece**. De hecho, la madre, que estaba dada de alta en la Mutuality General de la Abogacía, **no tenía suscrita la protección por maternidad**.
- **En cambio, en el caso del permiso de lactancia del art. 48.1.f) EBEP se deriva que no es posible hablar de una cesión del derecho de la madre al padre pues dicho derecho es de ejercicio indistinto, existiendo en cierto sentido una cotitularidad**.

En la misma línea, la STJUE de 30 de septiembre de 2010 señala que este permiso de lactancia se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño y, por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo. Añade que considerar sólo a la madre titular de este derecho, si bien el padre podría disfrutarlo sin ser su titular, puede contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto del ejercicio de su función parental.

Por tanto, en el caso del permiso de lactancia, el padre tiene derecho a disfrutarlo, en tanto en cuanto está desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural y se

considera como un mero tiempo de cuidado a favor del hijo y como una medida de conciliación de la vida familiar y laboral y, por lo tanto, lo puede ejercer uno u otro progenitor trabajador, ya sea por cuenta propia o ajena.

En definitiva, **en esta sentencia se deniega al padre funcionario el disfrute del permiso de maternidad pero sí se le reconoce el derecho al permiso de lactancia.**