

LA CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN CASTILLA Y LEON

INDICE

I.- CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR Y POLITICAS LEGISLATIVAS SOBRE IGUALDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA Y LEON.....	3
1.- LA MUJER COMO MADRE REAL O POTENCIAL Y PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES	7
2.- LA CONDICION DE GESTANTE EXCLUSIVA DEL SEXO FEMENINO: SU NECESIDAD DE PROTECCION JURIDICA	13
3.- LOS DIFERENTES "ROLES" EN LA FAMILIA: CONSECUENCIAS DISCRIMINATORIAS PARA LA MUJER.....	17
4.- LA EMERGENCIA DE NUEVAS FORMAS DE ESTRUCTURA FAMILIAR COMO CONSECUENCIA DE LA INCORPORACION --PRECARIA-- DE LA MUJER AL MERCADO LABORAL	19
5.- LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y SU ATENCION POR EL ORDENAMIENTO SOCIAL	24
II.- POLITICA DE CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON.....	32
1.- PERMISOS LABORALES	32
1.1.- Permisos por nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente y enfermedad grave u hospitalización de familiares	33
1.2.- Permisos por lactancia de un hijo menor de nueve meses	42
1.3.- Permiso por nacimiento de hijo prematuro o que requiera hospitalización.....	62
1.4.- Licencias para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto	65
2.- REDUCCION DE LA JORNADA POR CUIDADO DE DETERMINADOS FAMILIARES.....	72
3.- SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD Y SUSPUESTOS ASIMILADOS.....	77
3.1.- Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica	78
3.1.1.- Extensión temporal de la situación protegida	79
A) Distribución del período de disfrute	79
B) Parto múltiple	81
C) Parto frustrado.....	88
D) Parto prematuro	89
E) Enfermedades anteriores o posteriores al parto	92
F) Aborto o interrupción irregular del embarazo	93
G) Disfrute de las vacaciones	96

3.1.2.- Titularidad del Derecho	99
A) El ejercicio del derecho de opción en favor del disfrute parteno: dificultades	100
B) Fallecimiento de la madre	102
3.1.3.- Modalidades de ejercicio de la licencia. En especial, el disfrute a tiempo parcial	106
3.1.4.- Deficiencias en materia de protección social	111
A) El requisito de cotización y alta.....	116
B) Problemas de articulación entre la prestación de maternidad y la situación de desempleo.....	118
a) El acceso a la prestación por maternidad desde la situación de desempleo	119
b) La extinción del contrato de trabajo durante el disfrute de la prestación por maternidad	122
c) Maternidad, incapacidad temporal y desempleo.....	124
3.2.- Suspensión por filiación no biológica	132
3.2.1.- Ambito de aplicación: la exclusión del acogimiento simple	133
3.2.2.- Sujeto causante.....	135
3.2.3.- Extensión temporal.....	137
3.2.4.- Atribución del período de asueto	139
3.3.- La necesaria introducción de un permiso por "paternidad"	141
4.- EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES.....	144
4.1.- Excedencia por cuidado de hijos	144
4.1.1.- Las dudas sobre su naturaleza jurídica.....	145
4.1.2.- Titularidad del derecho: la mujer como principal destinataria	148
4.1.3.- La filiación (en sentido amplio) como causa de disfrute.....	152
4.1.4.- Extensión temporal: límites.....	154
4.1.5.- Modalidades de ejercicio: su excesiva rigidez	157
4.1.6.- Finalidad: hacia una interpretación laxa del tenor legal	158
4.2.- Excedencia por cuidado de familiares	160
4.3.- Carencias de protección.....	164
5.- LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE LACTANCIA	171
5.1.- La necesidad de tomar en cuenta la eventual presencia de gestantes en la evaluación de riesgos.....	171
5.2.- Medidas concretas a adoptar en materia de prevención de los riesgos laborales para la mujer en cuanto madre real o potencial.....	178
5.2.1.- Adaptación del trabajo al estado de gravidez	181
5.2.2.- El recurso a la movilidad funcional.....	187

5.2.3.- La dispensa del trabajo. El riesgo por embarazo como objeto de protección	197
A) La deficiente transposición inicial de la Directiva 92/85 por el legislador español	201
B) La exclusión del riesgo durante el período de lactancia: la configuración de un modelo restringido de suspensión del contrato de trabajo únicamente por riesgo durante el embarazo	206
C) Dinámica de la prestación por riesgo durante el embarazo	210
a.- Requisitos del hecho causante.....	212
b.- Cuantía de la prestación	216
c.- Duración del subsidio.....	219
d.- Gestión de la prestación y responsabilidad en el pago	221
6.- GARANTIAS ADICIONALES DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: PROTECCION FRENTE AL DESPIDO	225
6.1.- Normativa internacional sobre protección frente al despido de trabajadores con responsabilidades familiares. Especial referencia a la maternidad	225
6.2.- Garantías de estabilidad durante el embarazo y la maternidad en el ordenamiento español.....	228
6.2.1.- Irrelevancia de las faltas de asistencia al trabajo.....	234
6.2.2.- Los nuevos supuestos de nulidad en los despidos disciplinario y objetivo	240
III.- REFLEXIONES FINALES	265

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
LCT	Ley de Contrato de Trabajo (Texto Refundido del libro I, aprobado por Decreto de 26 de enero de 1944).
LCVLF	Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS	RD 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, modificada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre.
LRL	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

AL	Revista Actualidad Laboral
AS	Revista Aranzadi Social
BEL	Boletín de Estadísticas Laborales
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CA (CC.AA.)	Comunidad Autónoma (Comunidades Autónomas)
CCDT	Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CPS	Revista Cuadernos de Política Social
D	Decreto
Dir.Lav.Rel.Ind	Revista Diritto del Lavoro e Relazione Industriali
DGT	Dirección General de Trabajo
DA	Revista Documentación Administrativa
DL	Revista Documentación Laboral
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DS	Revista Droit Social
E. de M.Exposición de Motivos	

IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IELSS	Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social
IEP	Instituto de Estudios Políticos
IESS	Instituto Europeo de Seguridad Social
IESSS	Instituto Español de Sanidad y Seguridad Social
Il.Dir.Lav.	Revista Il Diritto del Lavoro
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
JL	Revista Justicia Laboral
JSSS	Revista de Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
PEE	Revista Papeles de Economía Española
RAP	Revista de Administración Pública
Riv.It.Dir.Lav.	Rivista Italiana di Diritto del Lavoro
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDN	Revista de Derecho Natural
RDP	Revista de Derecho Público
RDPPr	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho Social
RDT	Revista de Derecho del Trabajo
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDCo	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RESS	Revista Española de Seguridad Social
Rev.Treb.	Revista de Treball
RFDUM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGDS	Revista Gallega de Derecho Social
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RISS	Revista Internacional de Seguridad Social
RIT	Revista Internacional del Trabajo
Riv.Giur.Lav.	Rivista Giuridica del Lavoro
RL	Revista Relaciones Laborales
RPS	Revista de Política Social
RTL	Revista Técnico Laboral
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
RTSS(CEF)	Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)
STCo	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCEE	Tratado de la Comunidad Europea, en su versión consolidada tras el Tratado de Amsterdam
TCo	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea

Ar.	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia)
art./s	artículo/s
cit.	citado
ed.	edición
<i>Ibidem</i>	el mismo
<i>loc. ult. cit.</i>	localización última
<i>op. cit.</i>	obra citada
pág./s	página/s
ss.	siguientes
T.	Tomo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

“LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN CASTILLA Y LEÓN”

Resumen:

La importancia indiscutible de la institución familiar, así como la cantidad y variedad de cuestiones que plantea, explica el relevante papel de esta realidad en el conjunto del ordenamiento jurídico nacional y también –cómo no- de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Tomando como punto de partida lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas (estatales y autonómicas), dentro de las cuales destacan aquellas que incorporan mecanismos jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo con la atención de responsabilidades familiares

Summary:

The indisputable importance of the familiar institution, as well as the amount and variety of the questions tan it raises, makes clear the relevant role of this reality in the national law system and also –of course- of the Comunidad Autónoma Castellano y Leonesa. Taking as beginning what the precept 39 of the Spanish Constitution says, the family is object of protection trough very diverse public policies (state and autonomic); it is necessary to stand out, among them, those that incorporate legal mechanisms able to harmonize the development of a dependent or independent work with the attention of the familiar responsibilities.

LA CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN CASTILLA Y LEON

La familia es la forma natural de organización de la especie humana, no en vano el hombre es un ser social que mantiene y ha mantenido siempre a lo largo de la historia relaciones (estables o esporádicas) de convivencia, protección, dependencia y ayuda con sus semejantes. La importancia indiscutible del fenómeno humano de agrupación familiar, así como la cantidad y variedad de cuestiones que plantea (tanto la propia institución social como las relaciones entre sus miembros) explican el relevante papel que desempeña la realidad familiar en el conjunto del ordenamiento jurídico¹ nacional y también, cómo no, de la Comunidad Autónoma Castellano-leonesa.

Partiendo del dictado del art. 39.1 CE, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas (estatales y autonómicas), que responden a las distintas perspectivas desde las que puede observarse esta institución. Dentro de esta amplia política social en torno a la familia, las normas laborales contemplan medidas para contribuir a la protección de la institución familiar en el marco de la prestación de servicios profesionales, a través de la conciliación de la vida familiar y laboral. Queda, así, delimitada la vertiente específicamente sociolaboral de esta política, constituida --obviamente-- por el conjunto de medidas que los poderes públicos arbitran para la protección de la familia en relación con la prestación de servicios².

La Junta de Castilla y León, conciente de que la familia es el

¹ BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 19.

² Sobre políticas públicas de protección a la familia, ABRAHAMSON, P. *et alii*: *Comparing Social Welfare Systems in Nordic Europe and France*, Copenhagen Conference, V.4, París (Dress), 1998, págs. 141 y ss.; KAUTTO, M. *et alii*: *Nordic Social Policy*, Londres (Routle DGE), 1999, págs. 54 y ss.; LOPEZ LOPEZ, T.: *La protección a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea*, Bilbao (BBV), 1996, págs. 64 y ss. ó FLAQUER, LL.: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona (Fundación La Caixa), 2000.

pilar tradicional sobre el que se asienta nuestra sociedad, ha decidido elaborar una serie de medidas encaminadas a fomentar la conciliación de la vida familiar con la vida laboral, previa aprobación de una serie de líneas dirigidas fundamentalmente tanto a apoyar económicamente a los castellanos y leoneses que decidan ampliar el número de miembros de la unidad familiar (incentivo del disfrute de la excedencia, subvención de gastos de escuelas infantiles y guarderías, ayudas e empresas que contraten trabajadores en sustitución de quienes se dediquen al cuidado de la familia...)³ cuanto a promocionar la dotación de centros y servicios que faciliten dicha conciliación, incidiendo especialmente en el ámbito rural (Acuerdo 9/2004, de 22 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la estrategia regional para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral).

³ Decreto 292/2001, de 20 de diciembre, por el que se establecen las líneas de apoyo a la familia y a la conciliación con la vida laboral en Castilla y León, desarrollado por Decreto 136/2003, de 27 de noviembre (por el que se establecen las normas de financiación y condiciones generales para la creación de centros dirigidos a la conciliación de la vida familiar y laboral), por Orden de 18 de diciembre de 2002, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social (por la que se regulan las prestaciones económicas de pago único a los padres y/o madres por nacimiento o adopción de hijo) y por Orden 1673/2003, de 9 de diciembre (en virtud de la cual se convocan subvenciones para fomentar los períodos o permisos de paternidad en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León).

I.- CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR Y POLITICAS LEGISLATIVAS SOBRE IGUALDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA Y LEON

No cabe duda de que el protagonismo principal en cuanto a la atención de las tareas domésticas y al cuidado de familiares ha correspondido siempre mayoritariamente a las mujeres. En un reparto de papeles clásico, el hombre era el encargado de trabajar fuera de casa y traer el sustento económico para su familia, mientras que la mujer se ocupaba del cuidado del hogar. Esta concepción tradicional parece estar, sin embargo, en proceso de crisis, debido, principalmente, al acceso de la mujer al trabajo fuera de la sede familiar como consecuencia de un doble cúmulo de factores⁴: de un lado, la mejor y mayor formación de las mujeres, concretada en el acceso de las mismas a los niveles superiores de estudios, que les ha permitido competir en mejores condiciones dentro del mercado de trabajo; de otro, la aparición de técnicas más avanzadas en la realización de las tareas domésticas, que han favorecido el ahorro de tiempo y esfuerzo⁵.

La conjunción de estos elementos ha supuesto una mayor independencia económica y social de la denominada, por algunos sectores, "clase débil", lo cual ha repercutido en la consideración de la familia a nivel social, provocando un cambio sustancial en su configuración. Se observa, así, un alejamiento del modelo tradicional de matrimonio con niños hacia formas domésticas más pequeñas y más cambiantes, tales como parejas sin hijos, personas solteras sin descendencia y familias monoparentales. Junto a ello, la mayor esperanza de vida ha hecho que coincidan dos o tres

⁴ En este sentido, en España, se ha pasado de una tasa de actividad femenina del 13,4 por 100 en 1970 a un 40 por 100 en el año 2000, si bien es cierto que todavía estamos lejos de las tasas de ocupación femenina de países como Reino Unido donde se valoran cifras entre el 70 y el 80 por 100, tal y como demuestran las Encuestas de población activa del INE.

⁵ MORGADO PANADERO, P.: "La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral", *RL*, núm. 23-24, 2002, págs. 19 y ss.

generaciones y que esto sea cada vez más habitual. Tales circunstancias han facilitado una evolución paralela en lo que se ha venido a denominar "revolución silenciosa dentro de los muros del espacio doméstico"⁶, caracterizada únicamente por un cambio en el papel económico de la mujer, en la autoridad y en las relaciones de poder entre los miembros de la familia, a la vez que por un mayor compromiso del padre en el cuidado de los hijos; esta revolución, sin embargo, no se ha hecho extensiva ni ha alcanzado en igual medida a la redistribución de las tareas domésticas entre los miembros de la unidad familiar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian --todavía al día de hoy-- sus trabajos "reproductivo" y "productivo", actuando los hombres de forma supletoria⁷, tal y como reconoce en su exposición de motivos la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres en Castilla y León.

Así las cosas, el principal perjudicado por esta falta de coherencia no ha sido sólo, pese a lo que pudiera creerse, el colectivo femenino que trabaja y atiende, por añadidura, las necesidades familiares y de los hijos, sino que el desequilibrio de la balanza ha calado, sobre todo, en la propia concepción de la familia y su pretérito modelo. El reconocimiento tardío de un nuevo sistema social no masculinizado ha ocasionado, pues, un freno a la familia como institución y, también, a las nuevas responsabilidades familiares que de la misma derivan para los miembros de aquélla⁸.

Es por ello por lo que, desde el Derecho Laboral, dotado de un marcado carácter tuitivo o compensador, se han empezado a articular (ya veremos en qué medida se consigue) mecanismos

⁶ MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid (Acento), 1999, pág. 9

⁷ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y polítlas legislativas sobre igualdad", *TL*, núm. 67, 2002, pág. 69.

⁸ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 15.

jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo, fuera del hogar, con aquel que tradicionalmente ha sido asignado a la mujer, llevado a cabo en el entorno familiar. Para cumplir tal objetivo son numerosas las normas legales que se han encargado de regular cuestiones como el descanso por maternidad, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por la misma razón, las prestaciones de Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos por estas causas, etc. En definitiva, todas estas normas abogan por conseguir la tan necesaria igualdad entre hombres y mujeres, de la que nuestro ordenamiento jurídico tantas veces se ha echo eco, siendo el Derecho del Trabajo un claro exponente en esta lucha, no en vano la corresponsabilidad entre varones y féminas en la atención de la familia ha de ser el punto de partida de las políticas públicas de protección familiar dentro de un modelo social fundado en la igualdad de trato y de oportunidades⁹, tal y como se deduce de lo previsto en el Decreto 2037/2001, de 26 de julio, por el que se aprueba el "III Plan integral de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres en la Comunidad de Castilla y León".

Ahora bien, pese a las novedades legislativas (tanto estatales como propias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León) de los últimos años orientadas a hacer real el principio de igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el acceso al mercado laboral, no cabe desconocer que el grupo femenino continúa estando desfavorecido, demostrándose, estadísticamente, con mayores dificultades, comparativamente con los varones, para conciliar la vida familiar y el mantenimiento de sus puestos de trabajo, además de superar las tasas de desempleo femenino al masculino, todo ello lamentablemente favorecido por la pervivencia de viejos prejuicios culturales según los cuales la mujer estaría mejor preparada para asumir las tareas del cuidado y educación de

⁹ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., págs. 45 y ss.

los hijos. Por tal razón, partiendo del hecho cierto de que de poco sirve innovar legislativamente si la propia sociedad no cambia sus pautas de comportamiento, concienciándose aún más de que a los padres corresponde asumir el mismo grado de compromiso y dedicación que a las madres en la realización de las tareas domésticas, así como en la atención del cuidado de los hijos y de los restantes miembros de la familia¹⁰, no puede extrañar que el Acuerdo 9/2004, de 22 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la estrategia regional para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, dedique un amplio capítulo a la concienciación de todos los miembros de la familia y de los distintos agentes sociales de las ventajas que presenta la participación equilibrada de mujeres y hombres tanto en el mercado de trabajo como en la vida familiar, incidiendo en el ámbito educativo, formativo e informativo.

1.- LA MUJER COMO MADRE REAL O POTENCIAL Y PRINCIPAL SUJETO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

Aun cuando los factores de discriminación pueden ser diversos --raza, credo, ideología...--¹¹, el sexo se alza como motivo especialmente "odioso"¹², máxime cuando el marco social que proporciona el contrato de trabajo constituye un ámbito específico donde la existencia de discriminación real se hace patente con tanta

¹⁰ MORENO GONZALEZ-ALLER, I.: "Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre", *AL*, núm. 38, 2003, pág. 654.

¹¹ FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *RL*, 1993, T. I, págs. 151 y ss. y "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en VV.AA (ALARCON CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid (Marcial Pons), 1991, pág. 165; BORRAJO DACRUZ, E.: "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27 ó ALVAREZ DEL CUBILLO, A., *et alii*: "Igualdad y no discriminación", en VV.AA (RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid (Tecnos), 2001, pág. 264.

¹² Siguiendo la expresión utilizada por QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid (Marcial Pons), 1996, pág. 40.

frecuencia que casi llama al escándalo¹³: claramente disminuyen para las mujeres, madres reales o potenciales, las posibilidades de conseguir y mantener un trabajo estable, digno y suficientemente remunerado; en paralelo, se incrementan las necesidades familiares que obligan a la mujer a aceptar trabajos precarios e incluso fuera del control legal a partir de los cuales ve perpetuada su crónica situación de desigualdad social¹⁴.

La lógica de la igualdad por razón de género se ha proyectado, por ende, como una idea-fuerza en el texto constitucional y en la legislación laboral de desarrollo, hasta el punto de que se ha convertido en afirmación reiterada, tanto en el plano general de los derechos constitucionales como en el sector estricto de las relaciones laborales. La Constitución vigente ofrece un ejemplo significativo "de enaltecimiento de la mujer a través del principio de igualdad para sacarla del terreno de las discriminaciones que históricamente ha sufrido"¹⁵. Reiterados preceptos hacen clara esta tendencia: de un lado, los arts. 1.1, 9.2 y, de modo especial, en el "tan traído y llevado" art. 14¹⁶; de otro, el art. 35, que recoge, fuera ya del conjunto de derechos y libertades fundamentales, pero como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos¹⁷, la igualdad de todos los españoles en el derecho al trabajo y en el deber de trabajar, mencionando el sexo como la única causa de discriminación expresamente prohibida, lo cual pone de manifiesto que el constituyente ha estimado necesario establecer

¹³ ELFFMAN, M.: "Discriminación en el empleo", en BLANPAIN, R. (Ed.): *XV Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven (Peeters), 1998, págs. 100 y 101.

¹⁴ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y TASCÓN LOPEZ, R.: "Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)", *La Ley*, núm. 5148, 2000, págs. 1 y ss.

¹⁵ ALONSO OLEA, M.: "El trabajo de la mujer", *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 109.

¹⁶ FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *RL*, 1993, Tomo I, págs. 151 y ss. En el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: "El modelo constitucional de la Seguridad Social en España", *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27.

¹⁷ MARTÍN VALVERDE, A.: "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", *REDT*, núm. 33, 1988, págs. 61 y ss.

una "sobreprotección" para los casos en que se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral¹⁸.

Por su parte, el art. 17.1 ET reproduce en el marco de la legalidad ordinaria la prohibición constitucional de discriminación, llevándola al plano de las relaciones entre privados¹⁹, pues declara nulas y sin efecto las disposiciones legales, convencionales o pactadas que contengan "discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornada, retribuciones y demás condiciones de trabajo"²⁰.

Es más, tal pretensión de paridad, que constituye tendencia clara en nuestro país y en los Estados de nuestro entorno sociocultural, es postulada también a nivel internacional tanto por el Convenio número 111 de la OIT, de 25 de junio de 1958, sobre no discriminación en materia de empleo y ocupación²¹, como por diversos instrumentos comunitarios, en especial la Directiva

¹⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El principio de igualdad y las relaciones laborales", *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 389; MONTOYA MELGAR, A.: "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", *RPS*, núm. 121, 1979, págs. 332 y ss.; MARTIN VALVERDE, A.: "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 134 y ss. y "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", cit., págs. 61 y ss.; MARTINEZ ABASCAL, V.A.: "La discriminación salarial por razón de sexo", *RL*, núm. 22, 1989, págs. 25-26 ó ALONSO LIGERO, M.S.: "Igualdad salarial", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1º, Madrid (Edersa), 1994, pág. 137.

¹⁹ GARCIA TORRES, J. y JIMENEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid (Civitas), 1986 ó BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Principio de igualdad y Derecho Privado", en VV.AA.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid (Ministerio de Justicia), Vol. II, 1991, págs. 1584 y ss.

²⁰ RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, J.: "¿Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 522.

²¹ ACOSTA ESTEVEZ, J.B.: "La igualdad y la protección de la mujer en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo", *RTL*, núms. 71, 72 y 73, 1997, pág. 208.

Ello sin olvidar tampoco el Convenio núm. 3, de 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto; el Convenio núm. 103, de 1952 (revisado por el Convenio núm. 183, de 15 de junio de 2000), sobre protección de la maternidad, complementado por una Recomendación de la misma fecha; y el Convenio número 156, de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: *La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 35.

76/207, de 9 de febrero de 1976, sobre la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo²², modificada por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, cuyo ámbito exclusivo de actuación es la discriminación por razón de género, extendiendo su tutela a todos los momentos de la relación laboral y a cualquier modalidad de contratación²³.

Ahora bien, aun cuando la mujer ha sido objeto de una importante discriminación con respecto al hombre por razón del sexo que el ordenamiento interno e internacional ha intentado atajar, tampoco cabe olvidar que aquélla que asume tareas en el hogar es doblemente discriminada, por su condición femenina y por la atención de responsabilidades familiares. De este modo, la búsqueda de la igualdad permite constatar dentro de la discriminación genérica de la mujer un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar²⁴. El rechazo o la marginación en el mercado de

²² Esta Directiva no sólo intenta eliminar disposiciones discriminatorias legales, convencionales, contractuales o estatutarias sino que posibilita ciertas acciones positivas por parte de los poderes públicos. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", *RL*, 1995, Tomo II, pág. 87.

En general, un estudio exhaustivo sobre la Directiva en, por todos, DURAN LOPEZ, F.: "La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976", en VV.AA.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid (MTSS), 1990, págs. 392 y ss.

²³ Entre otros, CASAS BAAMONDE, M.E.: "De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio", *RL*, núms. 23-24, 2002, págs. 1 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: "Avanzando por la senda de la igualdad entre géneros. Noticia breve de la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE", *AS*, núm. 13, 2002, págs. 9 y ss.; PEREZ DEL RIO, T.: "La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario. Las D/2002/43/CEE, D/2000/78/CEE y D 2002/73/CEE. Modificación de la D 76/207/CEE", *RDS*, núm. 19, 2002, págs. 91 y ss.; LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (un comentario a la Directiva 2003/73, de 23 de septiembre de 2002)", *RL*, núm. 22, 2003, págs. 15 y ss.; REVILLA ESTEVE, E.: "Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, en aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres", *JL*, núm. 14, 2003, págs. 35 y ss. ó GUERRERO PADRON, T.: "Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social", *TL*, núm. 68, 2003, págs. 59 y ss.

²⁴ FAZIO, V.: "Un'occasione per un ripensamento della legge N. 903 del 1977 sulla parità'uomo-donna", *Riv. Giur. Lav.*, núm. 9, 1984, págs. 411 y ss.

trabajo de la mujer con responsabilidades familiares se hace patente, en unos casos bajo las formas burdas de discriminación por razón de estado civil o maternidad, que pueden ser fácilmente detectables, habiéndose por ello admitido que la prohibición de discriminación por razón de sexo incluye, sin duda alguna, la discriminación por razón de matrimonio o de embarazo y maternidad; sin embargo, en otros casos es más difícil reaccionar frente al rechazo sistemático a emplear o a promocionar mujeres casadas o con responsabilidades familiares en organizaciones productivas donde la discriminación de la mujer como tal no es práctica común²⁵.

La erradicación de esta realidad habrá de afrontarse "mediante instrumentos de intervención pública y colectiva", que necesariamente deben poner fin a la "permanente amnesia en el pensamiento político del legislador sobre la mujer"²⁶ como madre real o potencial y principal sujeto de las responsabilidades familiares. Ello es reflejo de una noción "masculina"²⁷ de la norma laboral que se plasma en numerosos "hechos, índices, pruebas y análisis"²⁸ y olvida la conveniencia de "bifurcar" el Derecho del Trabajo a fin de dar adecuada respuesta a la posición femenina en este ámbito²⁹.

²⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico-laboral de la familia: luces y sombras*, Barcelona (Cedecs), 2002, págs. 25 y ss.

²⁶ CAVARERO, A.: "Equality and sexual difference; amnesia in political thought", en VV.AA (BOCK, G. y JAMES, S., Eds.): *Beyond equality and difference*, Londres (Routledge), 1993, págs. 32-47.

²⁷ PEREZ DEL RIO, M.T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41 ó "Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo; familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 47.

²⁸ KRAVARITOU, Y.: "Le sexe du Droit du Travail", en VV.AA (KRAVARITOU, Y., Ed.): *Le sexe du Droit du Travail en Europe*, La Haya (Kluwer), 1996, pág. 23.

²⁹ ROMAGNOLI, U.: *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, Madrid (CES), 1997, pág. 30.

La lucha debe acometerse, pues, en un doble frente³⁰: primero, a través de una tutela positiva, a fin de establecer e incentivar las condiciones precisas para lograr una igualdad efectiva entre hombres y mujeres integrantes de una unidad familiar (política ya materializada en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, sobre todo a partir de la promulgación de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres); después, mediante otra negativa, orientada a destruir y eliminar las trabas que impiden lograr aquel objetivo, sancionando, en su caso, las conductas discriminatorias para las mujeres como madres reales o potenciales³¹.

³⁰ SIERRA HERNAIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid (CES), 1999, pág. 16.

³¹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación y crisis económica", en VV.AA.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica. I Jornadas de la Facultad de Derecho*, Madrid (IELSS), 1984, págs. 75 y ss.

2.- LA CONDICION DE GESTANTE EXCLUSIVA DEL SEXO FEMENINO: SU NECESIDAD DE PROTECCION JURIDICA

El "igualitarismo", la paridad de trato, la homogeneidad absoluta, sobre todo si se refiere a las condiciones laborales, es, en algunos casos, un "puro dislate"³², pues "un igualitarismo extremo, que pretendiera cercenar de raíz las desigualdades naturales, convertiría la sociedad [laboral] en un museo de uniformidades que la privaría de todo aliento vital"³³. Bajo tal premisa, no hay que olvidar que existen diferencias entre los sexos legítimas como son las biológicas, capaces de imponer un tratamiento distinto y en ocasiones no neutro para no incurrir en un trato discriminatorio, ya sea directa o indirectamente.

Precisamente, la posibilidad natural o social de desigualdad biológica debe ser --y de hecho lo es-- en sí misma considerada, causa última de determinadas normas jurídico-sociales, en tanto, sobre todo y como paradigmático ejemplo, la situación de maternidad de la mujer actuará como factor determinante de la necesidad de un tratamiento específico, habida cuenta en tal supuesto la protección no puede ser en modo alguno trasladable al varón³⁴, como no puede serlo la condición de gestante, exclusiva del sexo femenino³⁵. A la función biológica de la procreación se le vinculan, así, necesariamente diferencias legítimas que la legislación laboral estatal debe contemplar y la legislación de la Comunidad castellano-leonesa debe potenciar --como ya viene efectuando-- y

³² ALONSO OLEA, M.: "Igualdad y desigualdad salarial", *REDT*, núm. 20, 1984, pág. 600.

³³ RODRIGUEZ MOLINERO, M.: "Tensión entre los derechos de igualdad y libertad", en VV.AA.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de estudio*, Vol. I, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, pág. 566.

³⁴ Ello sin olvidar que la maternidad es una causa igualmente de diferenciación entre mujeres, esto es, entre una embarazada y otra que no lo está. STSJ Madrid 13 septiembre 1995 (Ar. 3310).

³⁵ HERNANDEZ, S.: "Etá lavorativa, etá pensionabile e principio di parità tra i sessi", *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996, pág. 528.

que se traducen básicamente en un tratamiento favorable al hecho social de la procreación y a evitar y compensar efectos negativos en el pleno ejercicio y disfrute por las mujeres de sus derechos a causa de la procreación³⁶.

En este sentido, no cabe caer en un absurdo e injustificable salto al vacío y pasar de una desigualdad discriminatoria a un igualitarismo asimismo inaceptable³⁷, porque tampoco cabe considerar jurídicamente de forma absolutamente igual a dos individuos en situaciones diferentes y, a nadie escapa, el factor sexo (junto con otros a él más o menos vinculados) ampara un trato desigual entre hombre y mujer que permite considerar aquel factor biológico diferencial para así proteger, en situaciones específicas y con determinadas ventajas, a la mujer-madre, precisamente con la finalidad última de salvaguardar de forma adecuada su estado de salud y el de su hijo³⁸, conforme bien señalan tanto el Tribunal Constitucional ("la maternidad y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre"³⁹) como el Tribunal Supremo ("el descanso maternal es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo --que puede afectar igualmente a hombres y mujeres-- y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede

³⁶ RUANO RODRIGUEZ, L.: "Fortaleza física y discriminación por sexo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)", *RL*, núm. 13, 1998, pág. 30.

³⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional", *RL*, núm. 22, 1998, pág. 8.

³⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, pág. 5817.

³⁹ STCo 109/1993, de 25 de marzo.

encontrarse nunca en tal situación⁴⁰).

Insistiendo sobre la misma idea, sería un error gravísimo en el terreno del análisis jurídico-laboral de la discriminación sexual negar toda relevancia a ciertas diferencias entre los miembros de uno u otro sexo, atendiendo, obviamente, a la capacidad de procreación como diferencia sexual inmutable con traducción, directa e inmediata, en el derecho positivo⁴¹. No toda diferencia de trato entre varones y mujeres merece ser tachada, por tanto, de inconstitucional por discriminatoria (entendida la discriminación como toda diferencia de trato arbitraria o carente de justificación objetiva y razonable)⁴²; antes al contrario, son plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio)⁴³, así como aquellas disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban --y deben-- adoptarse y mantenerse transitoriamente en un Estado social y democrático de Derecho con el propósito de remover los obstáculos (anclados en los papeles tradicionalmente atribuidos a las mujeres)

⁴⁰ STS 23 marzo 1995 (Ar. 2179).

⁴¹ SAEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid (CES), 1994, págs. 24-26.

⁴² Entre muchas, SSTCo 22 y 42/1981, de 2 de julio y 22 de diciembre; 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero ó 72/1985, de 13 de junio.

⁴³ No cabe tachar de discriminatorias las medidas de protección de la maternidad, pues lo relevante no es el sexo del sujeto protegido. Idea compartida por la unanimidad de la doctrina; entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid (Civitas), 1995, págs. 179 y 230; JACQMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?", *RL*, núm. 5, 1997, pág. 98; SAEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid (MTSS), 1984, págs. 62 y 63; PEREZ DEL RIO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS), 1984, pág. 103; BALLESTER PASTOR, M^a.A.: "La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa 'protectora' de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en la minas", *TS*, núm. 27, 1993, pág. 50; GORELLI HERNADEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 278 ó GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en VV.AA. (CASAS BAAMONDE M.E.; PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y VALDES DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, pág. 42.

que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo⁴⁴.

Lo contrario supondría mantener una "sexualización" de tareas inaceptable, a traducir en prohibiciones de acceso, diferencias salariales, preferencias por determinadas modalidades contractuales "precarias" o reserva a las mujeres de profesiones minusvaloradas socialmente (que, en ilustrativo juego de palabras, han llevado a hablar de *male works* más que de *female works* y, más en general, de *male times* mejor que de *females times at work*)⁴⁵.

3.- LOS DIFERENTES "ROLES" EN LA FAMILIA: CONSECUENCIAS DISCRIMINATORIAS PARA LA MUJER

El problema de fondo no es otro sino que el sexo femenino, "más que discriminado en tanto biológicamente distinto (debido a la maternidad), lo ha sido en cuanto diferente económicamente"⁴⁶, no en vano --permítase al reiteración-- únicamente los varones han gozado desde antiguo de emancipación social, política y jurídica. "El lento acceso de la mujer al mundo laboral es reflejo de una

⁴⁴ LANDAU, C.E.: "Igualdad en el empleo entre hombres y mujeres en la CEE", *RIT*, Vol. 103, núm. 2, 1984, pág. 237; BARBERA, M.: "Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano", *Riv. Giur. Lav.*, núm. 12, 1984, pág. 284; CORTEZO VELAZQUEZ-DURO, J.: "La no discriminación laboral por el sexo en la Comunidad Económica Europea", *Poder Judicial*, núm. 12, 1984, pág. 145; POLSKY, V.: "Los programas de acción positiva en favor de las mujeres", *RIT*, Vol. 104, núm. 2, 1985, págs. 234 y ss.; LOCHAK, P.: "Reflexions sur la notion de discrimination", *DS*, núm. 11, 1987, pág. 778; GIRBAU PEDRAGOSA, R. y PINA SANCHEZ, A.: "Notas sobre el concepto de acción positiva para la plena integración de la mujer en el mercado de trabajo y su desarrollo en el derecho comunitario europeo", *Noticias CEE*, núm. 49, 1989, pág. 109; BALLESTER PASTOR, M.A.: "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo", *RL*, núms. 3-4, 1993, págs. 45-55; D'HARMANT FRANCOIS, R.: "Il lavoro femminile nella giurisprudenza europea: parità e tutela", *Il Dir. Lav.*, 1993, Tomo I, pág. 373 ó MASSE-DESSEN, H.: "La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail", *DS*, núm. 5, 1995, pág. 443.

⁴⁵ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5818.

⁴⁶ PERA, G.: "Sulla questione femminile", *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 3, 1996, págs. 221 y ss. ó BROCCAS, A.M.; CAILLOUZ, A.M. y OGET, V.: *Women and Social Security*, Ginebra (ILO), 1996, págs. 49 y ss.

determinada concepción social sobre la misma, de hondas raíces culturales e históricas. Concepción que opera como resorte discriminatorio en el contexto externo del mercado de trabajo, inmune, por tanto, a la declaración constitucional de igualdad formal en el empleo para hombres y mujeres⁴⁷.

Es sabido que la organización del mundo productivo surgida de la profunda mutación que configuraría la sociedad industrial, en la que inicialmente se produjo una masiva incorporación de las mujeres al trabajo productivo de mercado en condiciones carentes de regulación legal y mayoritariamente penosas, se asentó sobre un modelo social de distribución del trabajo según género: los hombres se ocuparían de las que se conocen como tareas "productivas", en el ámbito público y privado de las empresas, a través de relaciones funcionariales y de trabajo asalariado con unas condiciones contractuales crecientemente reguladas a través del naciente Derecho del Trabajo y a través de la negociación colectiva entre los actores sociales; por su parte, las mujeres se ocuparían de las llamadas tareas "reproductivas" y comunitarias (no mercantiles), en el ámbito privado de la familia, regidas por el Derecho Civil, muy poco reguladas y con escaso reconocimiento de derechos⁴⁸.

La consolidación de este modelo social de organización del trabajo supuso la retirada (o expulsión) mayoritaria de las mujeres del mercado laboral y su confinación en el trabajo propio del ámbito doméstico (el cuidado del hogar familiar y la educación de los hijos) sin obtener contraprestación económica alguna a cambio. Por contra, el papel tradicional de los hombres ha sido el de producir bienes (si cabe menos esenciales o en cierta medida "de lujo" o mejora⁴⁹, pero en todo caso fuera del hogar familiar) a cambio de

⁴⁷ VALDES DE LA VEGA, B.: "Sobre las discriminaciones por razón de sexo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1987, de 22 de diciembre)", *REDT*, núm. 35, 1998, pág. 424.

⁴⁸ CASAS BAAMONDE, M.E.: "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo", *RL*, núm. 11, 1998, pág. 2.

⁴⁹ DEX, S.: *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales*, Madrid (MTSS), 1991, pág. 120.

una remuneración⁵⁰; "o bien, dicho de otro modo y con mayor contundencia, un modelo social en el que el hombre prácticamente se desentendía de cualquier tipo de obligación familiar y, de asumir alguna, lo hacía en clave intensamente subalterna, de ayuda 'generosa', siempre subordinada a lo que le permitieran sus 'deberes' de carácter profesional"⁵¹.

Este escenario ha variado indudablemente a lo largo de las diferentes épocas históricas, zonas geográficas, marcos culturales..., si bien no cabe pasar por alto su más o menos mitigada pero dura presencia, pues pese a los avances en la legislación laboral de las últimas décadas y a las políticas de promoción de la igualdad de oportunidades auspiciadas desde las instituciones nacionales y comunitarias, el desigual reparto del trabajo doméstico y las responsabilidades familiares sigue constituyendo un importante obstáculo --insalvable algunas veces-- para la integración social y laboral femenina⁵².

4.- LA EMERGENCIA DE NUEVAS FORMAS DE ESTRUCTURA FAMILIAR COMO CONSECUENCIA DE LA INCORPORACION --PRECARIA-- DE LA MUJER AL MERCADO LABORAL

No procede olvidar tampoco cómo a partir de los años setenta tiene lugar de manera generalizada una creciente incorporación de las mujeres al mundo del trabajo⁵³, lo cual ha coadyuvado, sin

⁵⁰ WILLIAMS, C.L.: *Gender differences at work. Women and men in non-traditional occupations*, California (University), 1989.

⁵¹ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 71.

⁵² CES: *Informe sobre la situación de la mujer en la realidad socio laboral española*, 1994, pág. 91 o CEBRIAN, I. y MORENO, G.: "Tipos de hogares y su incidencia en las decisiones laborales", en VV.AA (BIRRIEL SALCEDO, M.J., Comp.): *Estrategias laborales femeninas: trabajo, hogares y educación*, Málaga (CEDEMA), 1998, págs. 71 y ss.

⁵³ Sobre la evolución del mercado de trabajo español durante los últimos veinte años, CASTAÑO, C.; IGLESIAS, C.; MAÑAS, E. y SANCHEZ-HERRERO, M.: *Diferencia o discriminación. La situación*

duda, al desencadenamiento progresivo de una verdadera "revolución sociofamiliar", cuyo alcance se deja traslucir ciertamente a partir del resquebrajamiento de la familia tradicional y la consiguiente emergencia de nuevas formas de estructura familiar.

En primer lugar, la desestructuración de muchas familias tiene su origen en una vida laboral exagerada, compulsiva y estresante de padre y madre, agobiados por el trabajo y el hogar. En la mayoría de los casos, el padre, absorbido por responsabilidades laborales de una carrera profesional que exige todo el tiempo del mundo y una dedicación y disponibilidad para la empresa absolutamente ilimitada (almuerzos y cenas de trabajo, reuniones hasta altas horas de la tarde y de la noche, viajes constantes, trabajo en casa a través de las tecnologías de la comunicación durante los fines de semana...); por otra parte, la madre trabajadora se encuentra esclavizada por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar.

Estos padres, agotados y sobrepasados por un ritmo estresante y por el hábitat tenso y duro de la gran ciudad (tráfico, ruido, consumo masivo...), se reencuentran con la familia poco y mal, al final de cada día, cuando los hijos duermen, resintiéndose claramente la educación y cuidado de la prole. La pareja, ese delicado tejido de relaciones sentimentales que sostienen el amor y la convivencia, sufre y se rompe con los desgarros de una vida descompensada y compulsiva⁵⁴.

En segundo término, el notable incremento de familias monoparentales, consecuencia de la fragilidad de la familia biparental por el aumento contemporáneo de separaciones y divorcios; la condición de madre soltera; la convivencia *more uxorio*

de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información, Madrid (CES), 1999, págs. 45 y ss.

⁵⁴ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTO GARCIA, J.I. y GONZALEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 498.

de personas del mismo sexo; el retraso de las parejas en contraer matrimonio; la caída de la natalidad especialmente significativa en la Comunidad de Castilla y León; el incremento de las "familias extensas", fruto de las uniones entre varones y mujeres divorciados que dan lugar a una amplia red de los denominados "hermanastros políticos"; y un largo etc.⁵⁵, constituyen en la actualidad situaciones frecuentes en nuestro propio entorno a cuyo desencadenamiento no es extraño en absoluto el decidido abandono del hogar por parte de la mujer, que trata de acceder así con una mayor facilidad al mercado de trabajo y desprenderse --sin conseguirlo, como después se verá-- al mismo tiempo de ese rol doméstico-familiar que desde antiguo se le ha venido asignando⁵⁶.

Bajo tales premisas, aun cuando el proceso de incorporación de mujeres al mundo laboral ha ido en ascenso, "esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo"⁵⁷, no en vano "el mundo del trabajo productivo se ha

⁵⁵ ALBERDI ALONSO, I. *et alii*: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid (MTAS), 1995, pág. 472 ó BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J.: "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia posttradicional", en VV.AA (GONZALEZ ORTEGA, S., Dir.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 19. Es más, las estadísticas muestran el aumento de hogares unipersonales por el incremento del número de personas que viven completamente solas fuera de una familia, muchas de ellas anteriormente casadas, divorciadas o viudas, que no acceden a un segundo matrimonio, dado el porcentaje bajísimo de mujeres divorciadas o viudas que vuelven a casarse frente al porcentaje relativamente elevado de viudos o divorciados que sí vuelven a casarse. A ello se une la frecuencia de familias monoparentales, generalmente mujeres, a cuyo exclusivo cuidado están los hijos, y que plantean problemas sociales de especial relevancia. Se ha hablado de una cuestión "femenina" y de un nuevo riesgo social, el "accidente familiar", el de la crisis de la familia a consecuencia del fracaso conyugal y del divorcio, que se ha desculpabilizado, liberalizado e individualizado, pero que para muchas mujeres puede suponer un riesgo mayor que el de la pérdida del empleo, dado que para un porcentaje significativo de ellas supone una reducción radical del nivel de vida, a diferencia de lo que ocurre con los varones. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Seguridad Social, maternidad y familia", *RL*, núm. 14, 2000, pág. 4.

⁵⁶ MIÑAMBRES PUIG, C.: "La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RMTAS*, núm. 19, 1999, pág. 15.

⁵⁷ GORELLI HERNANDEZ, J.: "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

considerado un mundo `extraño' para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a `su' trabajo"⁵⁸.

Efectivamente, la materidad y sus derivadas laborales son vistas por muchas empresas como un problema en la producción y en el desempeño profesional de un puesto de trabajo o como un obstáculo lleno de inconvenientes que repercute en el acceso al empleo de las mujeres y en el desarrollo de su currículum y de su promoción profesional⁵⁹. De entrada, "el período de gestación viene considerándose con frecuencia como una verdadera carga que al empresariado psicológica y económicamente le cuesta asumir y, sobre todo, soportar, máxime cuando el período de embarazo presenta dificultades de salud y provoca el obligado absentismo de la trabajadora, lo que unido a las ventajas derivadas de su protección social y laboral como consecuencia del parto (descanso maternal, período de lactancia, reducción de jornada, excedencia, etc.) conduce con frecuencia al rechazo de su contratación en determinados sectores de la producción o, en su caso, a su eliminación transitoria o definitiva del mercado de trabajo"⁶⁰. De ahí la importancia de establecer incentivos públicos para aquellas empresas que realicen "acciones positivas de conciliación de la vida familiar y laboral", tal y como establece el art. 16.6 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León.

⁵⁸ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41.

⁵⁹ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTO GARCIA, J.I. y GONZALEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 492.

⁶⁰ MIÑAMBRES PUIG, C.: "La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 16.

Además --como ya consta--, la mujer se enfrenta al mercado de trabajo en una evidente posición de desventaja respecto del hombre, pues junto a la inferior formación original, "no se ha modificado el modelo social de división de tareas en la familia"⁶¹: "las mujeres continúan siendo las responsables principales de las tareas `reproductivas' de la sociedad. Es el fenómeno de `doble jornada', del tiempo de trabajo y del no trabajo, aunque este último ocupado por las tareas reproductivas, lo cual significa una carga real de trabajo, que supone una competencia desigual entre hombres y mujeres en el mercado laboral, más allá del reconocimiento de su igualdad formal en el plano de la ley. Este fenómeno se suma, por tanto, al hecho de que las mujeres se insertan en el espacio social y en el tiempo de trabajo que ha sido tradicionalmente masculino"⁶².

5.- LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y SU ATENCION POR EL ORDENAMIENTO SOCIAL

Habida cuenta la realidad demuestra que existe un alto grado de incomprensión por parte de las organizaciones empresariales por lo que hace a las responsabilidades familiares, consideradas como efectivas cargas adicionales al cumplimiento de las obligaciones laborales⁶³, el Derecho del Trabajo siempre ha dedicado alguna atención a la conciliación de la vida laboral y las responsabilidades domésticas, pero, en un principio, únicamente desde la perspectiva de la protección de la mujer embarazada, "e indirectamente del gestante y del lactante"⁶⁴, sin cuestionar la

⁶¹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)", *RL*, núm. 17, 1999, pág. 1.

⁶² CASAS BAAMONDE, M.E.: "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo", *RL*, núm. 11, 1998, pág. 4. La importancia de tal problema ha motivado con carácter reciente una Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (DOCE, 31 de julio de 2000).

⁶³ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Obligaciones laborales y responsabilidades familiares", *RL*, núm. 17, 1997, pág. 3.

diferencia de roles en función del género dentro de la familia⁶⁵.

Más recientemente, se empieza a tomar ya en cuenta, sin embargo, la doble discriminación que sufren las mujeres con responsabilidades familiares (tanto por ser mujeres como por asumir tareas domésticas), lo cual ha permitido plantear de forma directa la necesidad de diseñar instrumentos normativos que faciliten el trabajo de las personas con responsabilidades en el hogar familiar, en su mayoría mujeres, para hacer compatible en lo posible el trabajo con el cuidado de la familia. Para evitar perpetuar situaciones de desigualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en la carrera profesional, se trata ahora de que esas medidas sean neutras, es decir, se abran por igual, salvo en el supuesto estricto de la maternidad, a hombres y mujeres⁶⁶.

Este es el nuevo contexto en el cual ha sido promulgada la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar (en adelante LCVLF), que introduce una serie de

⁶⁴ Sin remontarse a antecedentes más lejanos, lo cierto es que la legislación española de las dos últimas décadas ha contemplado diversas reformas legislativas sobre estos temas. Puede citarse, en primer lugar, la Ley 3/1989, de 3 de marzo, sobre Maternidad e Igualdad de Trato de la Mujer Trabajadora. A continuación, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que mejoró decisivamente el subsidio por maternidad, a la vez que lo desgajó de la --entonces-- incapacidad laboral transitoria, y la Ley 4/1995, de 23 de marzo, reguladora del permiso parental y por maternidad, que amplió los derechos del trabajador excedente por cuidado de hijo, bien que con algún recorte en materia de prestaciones familiares de la Seguridad Social. A continuación, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, aproximó parcialmente la maternidad/paternidad adoptiva a la maternidad biológica. Después, el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, fue modificado por el art. 50 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, auténtico precedente sobre permisos para el cuidado de otros familiares distintos de los menores. En fin, el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, introdujo la bonificación del 100 por 100 en la cuota empresarial a la Seguridad Social en el caso del interino que sustituye a los trabajadores con el contrato en suspenso por maternidad, adopción o acogimiento, siempre que el sustituido sea un desempleado demandante de empleo. CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", AS, 1999, T. V, págs. 94-95.

⁶⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)", cit., pág. 1.

⁶⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)", cit., pág. 2.

medidas⁶⁷, "de muy diferente signo"⁶⁸, con el fin último de promover más profundamente la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres trabajadores⁶⁹, a saber:

En primer lugar, incrementa y perfecciona los derechos derivados de las circunstancias de embarazo, parto y puerperio, así como los de atención de menores y de mayores que no pueden valerse por sí mismos, a la vez que introduce una mayor protección contra el despido por el ejercicio de tales derechos. En segundo término, facilita que sea el padre o el familiar varón el que disfrute de los mismos, abundando en la equiparación de sexos y recalcando, pedagógicamente, cómo uno y otra pueden hacer uso de las licencias y suspensiones que prevé la Ley. Y, en fin, mejora la acción protectora de la Seguridad Social, en la línea de que sea el sistema público el que asuma ciertos costes, mejor que el empresario o el trabajador o trabajadora que debe atender a sus obligaciones familiares⁷⁰.

Con mayor detalle, dicha norma supone un paso más del legislador en su trayectoria de promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto integrantes de una misma unidad familiar y personas trabajadoras, así como de la compatibilidad entre ambas facetas⁷¹. El desequilibrio que hasta entonces

⁶⁷ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 1999, pág. 14.

⁶⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RL*, núm. 24, 1999, pág. 11.

⁶⁹ Reconociendo el problema que para las mujeres representa compatibilizar las responsabilidades familiares y laborales, STS 11 mayo 1998 (Ar. 4325).

⁷⁰ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *DL*, núm. 61, 2000, págs. 27-28.

⁷¹ En esta idea se inspira también la Ley italiana de 8 de marzo de 2000, núm. 53, *sui congedi parentali, familiari e formativi*. Un estudio sobre la misma en DEL PUNTA, R.: "La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi", *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 2, 2000, págs. 149 y ss. ó GOTTARDI, D.: "Las políticas de conciliación en el ordenamiento jurídico italiano" y SCARPONI, S.: "La conciliación entre vida familiar y profesional en el ordenamiento jurídico italiano. Ordenación interna y adaptación al Derecho Comunitario", ambos en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a*

presentaba la situación del hombre y de la mujer trabajadores tiende a corregirse ahora con la introducción de medidas que pretenden refozar tanto los derechos de la mujer en el ámbito laboral como los del hombre en el familiar⁷².

Por lo que respecta a aquélla, lo pretendido es evitar tanto que su condición femenina merme en modo alguno sus legítimas expectativas en el plano profesional como que éste incida negativamente en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad. Repárese así, por ejemplo, de un lado, en la introducción de una nueva causa de nulidad del despido cuando éste encuentra su motivación en el embarazo o en la solicitud o disfrute de permisos por maternidad; de otro, en la ampliación de la duración de los permisos por parto múltiple o la creación de una nueva causa de suspensión contractual cuando existe riesgo durante el embarazo⁷³.

Por lo que se refiere al hombre trabajador y padre de familia, la Ley centra su atención en facilitar el cumplimiento de los deberes propios a esta última condición, como efecto reflejo de la pretendida igualdad de ambos sexos también en el cumplimiento de las obligaciones familiares. En este sentido, se facilita al hombre el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad (en el supuesto de parto simple), permitiendo, además, que lo disfrute

Massimo D'Antona, Madrid (Marcial Pons), 2001, págs. 193 y ss. y 203 y ss., respectivamente.

⁷² MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", *AS*, núm. 21, 2000, pág. 46.

⁷³ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", *REDT*, núm. 99, 2000, págs. 27 y ss.; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999", *AS*, 1999, T. V, págs. 1187 y ss. ó LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *TS*, núm. 115, 2000, págs. 29 y ss.

simultáneamente con la madre⁷⁴.

Al tiempo, en aras al logro de una auténtica compatibilidad entre la vida familiar y laboral, el legislador parte de un concepto amplio tanto de quienes son "familiares", en el que quedan incluidos aquéllos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, como de qué debe entenderse por "situación protegida"; así, el accidente y la hospitalización vienen a sumarse al fallecimiento y a la enfermedad grave en cuanto causas justificativas de un permiso retribuido, y la edad, discapacidad, accidente o enfermedad grave de un familiar, que impide que éste pueda valerse por sí mismo y exige el cuidado directo del trabajador o trabajadora, genera el derecho de éstos a la reducción de jornada e, incluso, a la excedencia en el trabajo⁷⁵.

Ahora bien, pese a la ambición de globalidad que parece informar el contenido de la Ley y que tiene como principal manifestación el propio título de la norma, no puede decirse que la LCVLF "haya reestructurado el panorama normativo en relación con un tema tan directamente relacionado con la discriminación laboral por razón de sexo como es el de la compatibilización de tareas...: primero, porque el presupuesto fundamental para la conciliación no puede realizarse al margen del reparto de las tareas tradicionalmente femeninas entre hombres y mujeres, y, en tal sentido, la reforma última ha introducido avances muy limitados; y, segundo, porque la reforma se limita a positivizar las correcciones

⁷⁴ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y Seguridad Social", cit., pág. 46. Por extenso, LOPERA CASTILLEJO, M.J.: "La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral", *AL*, núm. 47, 1999, págs. 913 y ss. ó RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 105 y ss.

⁷⁵ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 46. Por extenso, CORTE HEREDERO, N.: "La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores", *DL*, núm. 59, 1999, págs. 69 y ss.; ALARCON CASTELLANOS, M.: "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999", *AS*, 1999, T. V, págs. 1139 y ss. ó LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre", *AL*, núm. 25, 2000, págs. 441 y ss.

necesarias a la normativa anterior, algunas de las cuales ya habían sido apuntadas por la doctrina por medio de interpretaciones extensivas, sin incorporar objetivos nuevos⁷⁶.

Como con acierto se ha señalado, la Ley ni tan siquiera se propone impulsar el reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres⁷⁷, pues aun cuando expresamente reconoce que tiene por objetivo "facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de los hijos", y --aunque la Exposición de Motivos no lo dice-- de los restantes miembros de la familia necesitados de dichos cuidados, sobre todo mayores, enfermos o minusválidos", lo cierto es que no impulsa ni incentiva un reparto más equitativo de los roles sociales en materia de responsabilidades familiares; es decir, "facilita (o tiene por objetivo formal, ya veremos en qué nivel lo consigue) que la mujer pueda conciliar mejor que antes de su adopción las responsabilidades tradicionalmente asignadas, las familiares, con las que facilitan su libertad y sus posibilidades de disfrute de los restantes derechos constitucionales en un sistema capitalista de mercado, esto es, las laborales, pero ello no significa en absoluto que quede garantizada la igualdad de oportunidades en el empleo"⁷⁸.

Es más, "la introducción de medidas en orden a permitir una más fácil conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales, aun cuando formalmente se diseñen como neutras, pero que de hecho vayan a ser utilizadas prevalentemente por la mujer, puede desembocar en que sea ésta quien siga desempeñando el rol prioritario de asunción del grueso de responsabilidades familiares, particularmente en situaciones de dedicación más

⁷⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 9.

⁷⁷ Razón por la cual ha sido calificada como una "Ley de contornos bastante limitados". GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 11.

⁷⁸ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 43.

intensa: cuidado de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares que han sufrido un accidente o enfermedad, etc.; situación que a la postre puede fomentar el mantenimiento de una mera incorporación parcial y en cierto modo precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada¹⁷⁹.

Así pues, en la medida en que la Ley, al margen de la equiparación formal entre hombres y mujeres, abdica de cualquier propósito de fomentar activamente que sean aquéllos quienes ejerciten los derechos derivados de las responsabilidades familiares⁸⁰, cobra renovada importancia (la Junta de Castilla y León es consciente de ello) la instauración de una serie de medidas, que eliminen las desigualdades estructurales de hecho y otorguen, al tiempo, un trato de prioridad o preferencial en favor de las mujeres para lograr una real igualdad de oportunidades con los varones, capaz de sacar a la mujer fuera del llamado "ghetto" del trabajo femenino⁸¹. Lógicamente, desde una perspectiva finalista, "la necesidad de proteger de forma objetiva las responsabilidades derivadas de la familia, y la exigencia cada vez más arrigada de que exista una carga equitativa de las mismas entre hombre y mujer"⁸², obliga "a realizar esfuerzos constantes en todos los órdenes: sociales, políticos y económicos"⁸³.

⁷⁹ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 74.

⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 28.

⁸¹ CASAS BAAMONDE, M.E.: "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo", cit., pág. 8.

⁸² DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: "Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental", *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 44.

⁸³ LANDA ZAPIRAIN, J.P.: "Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significación para el Derecho español de la Seguridad Social", *REDT*, núm. 55, 1992, págs. 690-691.

II.- POLITICA DE CONCILIACION DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR: INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD NORMATIVA DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON

Visto el difícil panorama al que se enfrenta la mujer (principal sujeto de las responsabilidades familiares) cuando desea acceder al trabajo o conservarlo y compatibilizarlo con su embarazo o su condición de madre, es preciso idear soluciones sin perder nunca de vista que la maternidad constituye un bien social de enorme importancia, sobre todo en Comunidades Autónomas tan envejecidas como la de Castilla y León. De ello parece ser consciente el ordenamiento jurídico laboral y la normativa autonómica, si bien no faltan algunas cuestiones carentes de solución y ciertos flancos abiertos a la crítica, pues la corresponsabilidad familiar no se debe afrontar sólo como una necesidad de suplir el puesto de las mujeres que están en el mercado de trabajo, sino que también se ha de abordar desde claves de igualdad de derechos de hombres y mujeres, trabajen o no⁸⁴.

1.- PERMISOS LABORALES

Aun cuando el trabajador venga obligado a cumplir con las obligaciones de su puesto [art. 5 a) ET], realizando el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue (art. 20.1 ET), ello no significa que la prestación laboral se lleve a cabo de manera ininterrumpida; antes al contrario, la propia naturaleza de las cosas convierte en imposible la exigencia de un trabajo continuo y las leyes laborales, desde los mismos orígenes del Derecho del Trabajo, vienen esforzándose en el establecimiento de límites temporales⁸⁵.

⁸⁴ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., pág. 64.

⁸⁵ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 25.

De este modo, la reciprocidad de las obligaciones que genera el contrato de trabajo ha debido de conciliarse con la existencia de ciertos supuestos, conocidos --por lo que aquí interesa-- como "fuerza mayor" familiar⁸⁶, en los que, de manera transitoria, se mantiene la prestación retributiva pero se exime al trabajador del cumplimiento de su deber principal.

1.1.- Permisos por nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente y enfermedad grave u hospitalización de familiares

Una de las medidas típicas dirigidas a permitir el incremento de la dedicación a las responsabilidades familiares por parte de los asalariados consiste justamente en facultar que el empleado cese en su actividad laboral durante intervalos de tiempo de muy corta duración para ocuparse de estas tareas. Se trata de habilitaciones legales de larga tradición en nuestro ordenamiento laboral, si bien se ven reforzadas en los últimos años, con vistas a incorporar situaciones o causas nuevas de exención del trabajo con el fin último de permitir una atención más completa al familiar necesitado de ayuda⁸⁷.

Tradicionalmente se ha previsto la interrupción de la actividad profesional cuando algún acontecimiento familiar singular (nacimiento de hijo y fallecimiento o enfermedad grave de parientes) exigiera una dedicación más intensa por parte del trabajador/a que lo hiciera difícilmente compatible con el trabajo durante un breve período de tiempo⁸⁸. No obstante, el supuesto de

⁸⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 66.

⁸⁷ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 79.

⁸⁸ QUINTANILLA NAVARRO, B.: "Configuración jurisprudencial de los permisos laborales retribuidos (I)", *RL*, 1999, Tomo I, pág. 57.

hecho contemplado resultaba insuficiente, pues quedaban al margen algunos acontecimientos cada vez más habituales y necesitados de protección⁸⁹.

No puede extrañar, por tanto, que la primera novedad que la Ley 39/1999 ha incorporado a este respecto sea la inclusión expresa de los supuestos de "accidente grave"⁹⁰ y "hospitalización" de parientes en el ámbito de aplicación de los permisos de dos días (ampliables a cuatro en caso de desplazamiento) que el art. 37.3 b) ET venía contemplando para atender asuntos familiares del trabajador. Puede que tales situaciones estuvieran comprendidas de alguna forma en la anterior formulación del precepto estatutario, por su proximidad con la "enfermedad grave"⁹¹, pero es claro que la redacción actual es mucho más terminante y más efectiva⁹².

A partir de ahora cualquier "hospitalización" constituye base suficiente para acceder a un permiso, de manera que la causa por la que surge queda privada de relevancia y no es de aplicación tampoco la exigencia de gravedad. Así, las hospitalizaciones pueden obedecer a motivos que carezcan de entidad o relevancia como para ser consideradas graves, pero en todo caso se tiene derecho al permiso⁹³. El objetivo perseguido por el legislador es,

⁸⁹ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 80.

⁹⁰ El legislador hace referencia al accidente de forma genérica, por lo que se podría tratar, entre otros supuestos, de un accidente automovilístico, doméstico o laboral. ALARCON CASTELLANOS, M.: "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999", AS, 1999, Tomo V, pág. 1140.

⁹¹ Sobre este concepto, RAYON SUAREZ, E.: "Descanso semanal, fiestas y permisos", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales*, Madrid (Edersa), T. VII, 1982, pág. 114.

⁹² GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 24.

⁹³ Con ello se persigue terminar con una línea jurisprudencial que estimaba insuficiente la hospitalización para considerar de manera automática la existencia de enfermedad grave. SSTSJ Aragón 14 octubre 1992 (Ar. 4990) ó Castilla y León/Burgos 6 julio 1998 (Ar. 3124).

pues, facilitar el derecho aunque la situación de salud del familiar no sea grave, pues lo que se toma como referencia es el hecho del ingreso hospitalario a partir del cual se generan necesidades de atención, no sólo de carácter médico (otorgadas por los servicios sanitarios), sino también afectivas (otorgadas por familiares)⁹⁴. De todas formas, "parece excesivo que, por ejemplo, un internamiento para someterse a cura de adelgazamiento o anti-estrés legitime el permiso familiar"⁹⁵.

Además, la inclusión del "accidente", junto a "enfermedad grave", como causa justificadora de la utilización del permiso correspondiente facilita "una interpretación amplia, que al contraponer enfermedad grave --como resultado de un proceso de desarrollo no súbito-- al de accidente, hiciese en este último caso especial hincapié en el carácter súbito e inesperado del acontecimiento con independencia de la mayor o menor gravedad de sus consecuencias evidenciadas *a posteriori*"⁹⁶.

Se trata de un derecho de carácter individual y al no preverse nada más en la norma, como sí se hace para otros casos, se puede ejercer de forma simultánea por los trabajadores y trabajadoras afectados, aunque lo sean de la misma empresa, lo cual facilita la corresponsabilidad familiar, pues se permite al padre y a la madre atender al recién nacido o responder a necesidades familiares surgidas de enfermedades graves de parientes, organizando el permiso de forma alternativa, simultánea o sucesiva⁹⁷. Se incrementan, también, las posibilidades de acumulación de dos o

⁹⁴ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 13.

⁹⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", AS, núm. 20, 2000, pág. 10.

⁹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 21.

⁹⁷ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., pág. 65.

más diferentes eventos justificativos del permiso regulado en el art. 37.3 b) ET (primero por accidente o enfermedad grave, después por hospitalización y posteriormente por el fallecimiento de un mismo sujeto causante), pues sin duda alguna no están limitadas por ley las posibilidades de disfrute a un determinado número de días dentro de determinados períodos de tiempo. Parece razonable entender, no obstante, que, en el caso de eventos sucesivos, el nacimiento de un nuevo permiso agota el anterior, aún no disfrutado íntegramente (por ejemplo, si el pariente enferma gravemente y el trabajador toma dos días de permiso, en el caso de fallecer el pariente disfrutado el primer día pero no el segundo, no hay derecho a cuatro días de permiso, sino a tres en total)⁹⁸.

Por lo demás, la ampliación del ámbito de aplicación del precepto aquí analizado se extiende únicamente a los casos de accidente u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad⁹⁹, lo cual ha sido objeto de severas críticas. En primer lugar, porque deja fuera, indebidamente, al parentesco por adopción o acogimiento¹⁰⁰. Y en segundo término, porque en una regla como ésta lo importante no es tanto el vínculo formal, sino más bien las relaciones de convivencia habitual y de dependencia física y económica¹⁰¹; un tipo de relación que --dejando ahora al margen el caso de personas que no tienen vínculo familiar-- se da con frecuencia entre personas que siendo familiares, no están comprendidas en ese estrecho círculo¹⁰².

⁹⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre", *AL*, núm. 25, 2000, pág. 449.

⁹⁹ Cabe recordar cómo la jurisprudencia estima que la relación de afinidad es bilateral y se proyecta en doble dirección, de manera que este derecho alcanza no sólo ante la enfermedad, accidente u hospitalización de un cuñado (hermano del cónyuge del trabajador), sino también al cónyuge del cuñado. SSTS 18 febrero y 27 mayo 1998 (Ar. 2209 y 4932). En este sentido, SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., pág. 110.

¹⁰⁰ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario Práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pág. 51.

¹⁰¹ Sobre la exclusión del disfrute del permiso en casos de convivencia extramatrimonial, STSJ País Vasco 3 marzo 1988 (Ar. 1290).

¹⁰² GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las

Por lo mismo, aunque el coste económico que estos permisos supone para las empresas puede justificar la existencia de límites a su disfrute¹⁰³, sorprende, empero, que la ampliación legal no contemple permisos para acompañar a los hijos menores al médico y para la atención de éstos en supuestos de enfermedades infecto-contagiosas¹⁰⁴, teniendo en cuenta la frecuencia con la que se presentan estas situaciones a los trabajadores con hijos menores de edad¹⁰⁵.

Lo limitado del supuesto causal amparado por el art. 37.3 b) ET resulta evidente por cuanto no se prevé mecanismo alguno, ni retribuido ni no retribuido, que permita la ausencia puntual en el supuesto de enfermedad no grave de familiares. Esto supone una discordancia evidente del ordenamiento interno respecto a lo establecido en la Directiva comunitaria 96/34, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, en la cual se habla de la necesidad de reconocer permisos "por enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia del trabajador". Su

(..continuación)
personas trabajadoras", cit., pág. 24.

¹⁰³ Resulta trasladable a estos supuestos las reglas que en materia de retribución del crédito horario de los representantes de los trabajadores tiene consagradas el Tribunal Supremo: "lo que sí se debe sostener es que el representante con derecho a crédito horario debe percibir el mismo salario que tenía en servicio activo, en evitación de que el cargo representativo sea para él una sanción". SSTS 18 marzo 1986 (Ar. 1347), 3 julio 1989 (Ar. 5423) ó 20 mayo 1992 (Ar. 3581).

¹⁰⁴ Alguna sentencia tiene en cuenta la problemática de la crianza y atención de los hijos en relación al permiso del trabajador para llevar a sus hijos menores al médico especialista por razón de enfermedad durante la jornada laboral, y considera que dicha situación se podría encuadrar en el art. 37.3 d), como deber de carácter público y personal al tener los padres la obligación de atender a los hijos (arts. 39 CE y 154 y ss. CC). Sentencia del Juzgado de lo Social de Alava 22 mayo 1989, citada por ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "La aplicación de la Directiva 92/85 en España", en VV.AA. (CRUZ VILLALON, J., Coord.): *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, cit., pág. 290.

Pero son mucho más frecuentes los pronunciamientos contrarios. Así, por ejemplo, La Sentencia del Juzgado de lo Social núm 2 de Cáceres 22 enero 1993, citada por CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", AS, núm. 8, 1998, pág. 541.

¹⁰⁵ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexioens sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., págs. 104-105.

falta de previsión legal a nivel interno hace que pueda tener efectos particularmente perjudiciales para el colectivo de mujeres trabajadoras, desde la pérdida de derechos relacionados con cierto nivel de asistencia, hasta la aplicación del despido objetivo contenido en el art. 52 d) ET¹⁰⁶. La solución a este problema no parece encontrarse tampoco vía negociación colectiva, ya que son escasos los convenios que hacen referencia alguna a esta materia y, por el contrario, son frecuentes los que la realizan de una forma insuficientemente adecuada¹⁰⁷, sobre todo cuando establecen "preavisos mínimos o duraciones mínimas imposibles de cumplir en el caso de fuerza mayor familiar"¹⁰⁸.

Es más, de persistir la enfermedad o la hospitalización, la duración del permiso prevista en el ET es excesivamente breve y hubiese sido necesario ampliarla, seguramente no al extenso abanico de parientes que la norma contempla pero sí al menos a los hijos menores o progenitores aquejados de dolencias que no puedan valerse por sí mismos, pues en estos casos, para atender tales necesidades al trabajador no le quedará más solución que utilizar otras instituciones laborales, como licencias no retribuidas, reducción de jornada o, en caso extremo, excedencia laboral¹⁰⁹.

Resta por hacer una breve consideración adicional en relación con el permiso por nacimiento de hijo, que era --y sigue siéndolo-- un derecho de disfrute masculino, pues coincide en el tiempo con el período de seis semanas de descanso obligatorio de la madre tras el parto. Quizá debería de haberse aprovechado la ocasión para

¹⁰⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 66.

¹⁰⁷ Al respecto, PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 48.

¹⁰⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: "Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social", AS, 1998, T.V, pág. 628.

¹⁰⁹ URESTE GARCIA, C.R.: "Dificultades en la conciliación de la vida familiar y laboral", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004, pág. 675.

aumentar su duración y fomentar, así, en la línea que inspira la Directiva 96/34 de corresponsabilización en la atención a la familia, que ciertos derechos los ejercitase el padre con prioridad a la madre, pues al recaer el coste del permiso en la empresa, se introduce un elemento de equiparación real hacia la igualdad en el acceso al empleo de hombres y mujeres, no en vano al empresario también le resultaría gravoso un eventual permiso de significativa duración que podría disfrutar el padre en exclusiva¹¹⁰.

Un problema singular se produce también en el caso de que el alumbramiento tenga lugar por cesárea. En estas situaciones, se ha suscitado la controversia de si sólo el padre puede disfrutar el permiso derivado del nacimiento, o también pueden los parientes dentro del segundo grado utilizar el derivado de enfermedad grave. Sobre el particular pueden citarse algunos pronunciamientos judiciales que contienen doctrina contradictoria. Alguna sentencia opta por incardinar el supuesto de hecho en el nacimiento ordinario de hijo, pues no considera que el parto por cesárea revista la gravedad suficiente como para obtener conclusión distinta¹¹¹. Otras, por el criterio contrario, puesto que el parto por cesárea se practica porque, de no hacerse así, correría peligro la vida de la madre o del feto y, además, requiere normalmente anestesia general¹¹². En cualquier caso, como quiera que ahora la hospitalización ya se incluye de modo expreso entre las circunstancias que autorizan la utilización del permiso, con independencia de la gravedad de la dolencia que se padezca, no debe haber problemas en este supuesto para que el padre disfrute el permiso por paternidad (o por hospitalización de su cónyuge, si ése es el caso) y a la vez los parientes dentro del segundo grado el permiso de hospitalización. Y, además y como quiera que la hospitalización es previa al alumbramiento, deberá concederse al padre de modo sucesivo el

¹¹⁰ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *DL*, núm. 61, 2000, pág. 31.

¹¹¹ STSJ Cataluña 16 octubre 1997 (Ar. 4003).

¹¹² STSJ Cantabria 29 julio 1998 (Ar. 3608).

permiso por hospitalización de familiar y por nacimiento de hijo¹¹³.

Por último, para terminar con este permiso por nacimiento de un hijo, es menester señalar que quedan también pendientes de solución algunos problemas relacionados con la actual concepción de la familia y de la sociedad en general ya que la tradicional imagen de aquélla se quiebra o, incluso, se rompe con la ayuda de las innovaciones científicas y de la propia vida en pareja (homosexual y heterosexual). A este respecto cabe plantearse si la compañera sentimental de la madre gozaría del permiso en el supuesto de que una pareja de mujeres homosexuales, mediante la utilización o no de la ciencia para concebir, decidieran tener un bebé. En principio, cabría optar por una respuesta negativa, al no ser la compañera el "padre" biológico del niño y no existir, por tanto, relación de parentesco alguna. Ahora bien, tal interpretación podría ser precipitada, pues deberá tenerse en cuenta que la finalidad de la norma es permitir que la madre esté acompañada en el momento del nacimiento del hijo, así como disfrutar del cuidado del recién nacido y afrontar las obligaciones sociales y burocráticas del hecho (inscripción en el Registro Civil...), sin especificar y, sobre todo, sin necesitar que tales actuaciones sean llevadas a cabo por el género masculino¹¹⁴.

1.2.- Permisos por lactancia de un hijo menor de nueve meses

Si bien con notables modificaciones, a las que se tendrá ocasión de hacer oportuna referencia, la actual regulación de la hora de ausencia retribuida por lactancia se inscribe en una larga tradición normativa que en el ordenamiento patrio se remonta a la Ley de 13 de marzo de 1900, de donde pasaría a la LCT de 1944 y al

¹¹³ CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (en torno al artículo 37)", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 799.

¹¹⁴ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 33.

Decreto 2310/1970, por el cual se regulaban los derechos laborales de la mujer trabajadora, y más tarde a la LRL de 1976, precedente inmediato de la ordenación vigente¹¹⁵. En la actualidad, el art. 37.4 ET dispone: "las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen".

El régimen jurídico transcrito es causa directa de numerosos problemas y polémicas, merecedores de una reflexión más detenida¹¹⁶:

1.- Será la madre --o en su caso el padre-- quien determine el "tiempo y modo de disfrute" del permiso durante "su" jornada (y no --como antes de la Ley 39/1999-- durante "la jornada normal"¹¹⁷), notificando su elección al empresario¹¹⁸ "a fin de que pueda organizar su actividad en consecuencia"¹¹⁹. "Estamos, pues, ante un derecho de naturaleza potestativa para la trabajadora, que podrá o

¹¹⁵ GARCIA NINET, J.I.: "Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)", *RT*, núm. 94, 1989, págs. 9-21.

¹¹⁶ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., págs. 5832 y ss., autores a quienes se sigue en la presente exposición.

¹¹⁷ Puede ocurrir que la trabajadora tenga una jornada de trabajo distinta de aquélla que es de general aplicación en la empresa, de manera que, a la hora de reducir la media hora, el horario que se tiene en cuenta es el de la trabajadora en concreto y no el general de la empresa. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 15.

¹¹⁸ Pese a que el ET no establece la necesidad de notificación, tal extremo puede ser deducido, nuevamente, de la necesidad de ejercitar los derechos conforme a la buena fe. GARCIA NINET, J.I.: "Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)", cit., págs. 40 y 41.

¹¹⁹ MONTOYA MELGAR, A., *et alii*: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 229.

no ejercitarlo, pero que, de hacerlo, será indisponible por el empresario, quien no podrá impedir su ejercicio"¹²⁰.

Ahora bien, aun cuando será la titular de este derecho la que determinará el momento en que lo hará efectivo, sin que el empresario pueda oponerse alegando los perjuicios que le ocasiona la ausencia de la misma en el tiempo elegido¹²¹, lo cierto es que "el derecho no se constituye con carácter absoluto, hasta el punto de que las posibles discrepancias entre el empresario y la trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial, preferente y sumario, que finaliza con sentencia firme", cuya regulación se remite al art. 138 bis LPL¹²², lo cual indica --obviamente-- que al empresario le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que la trabajadora pretenda poner el permiso en práctica¹²³.

Sorprendentemente, según este precepto, el legitimado para comenzar el procedimiento no es el empleador que se vea perjudicado por la decisión de la trabajadora, sino la propia trabajadora a la que se reconoce el supuesto derecho de concertar la banda horaria en la que desea ejercer su derecho. Además --y por si fuera poco--, no se faculta a la trabajadora para el ejercicio del derecho contra la voluntad del empleador hasta que el conflicto se solucione y tampoco se concretan las posibles razones capaces de justificar una oposición empresarial a la decisión de la trabajadora,

¹²⁰ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 25.

¹²¹ CORTE HEREDERO, N.: "El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", *AS*, 1998, T. V, pág. 853.

¹²² BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 62. Por extenso sobre este proceso, ASENJO PINILLA, J.L.: "Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Social Mes a Mes*, núm. 52, 2000, págs. 12 y ss. ó LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares", *AL*, núm. 26, 2003, págs. 473 y ss.

¹²³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 14.

carencia que, como es lógico, ha originado un importante nivel de conflictividad¹²⁴.

Para cubrir esta última laguna debería acudirse (a falta de solución expresa en el ordenamiento interno) a la cláusula 2.3 e) y f) del Acuerdo Marco sobre permiso parental, en virtud de la cual "los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán... definir las circunstancias en las que el empresario estará autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa, por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período de preaviso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al tiempo un permiso parental o si una función determinada es de importancia estratégica", realizándose una especial mención a las "necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas"¹²⁵.

2.- La ausencia es de una hora, pudiendo dividirse en dos fracciones, no necesariamente iguales, aun cuando con frecuencia lo son de media hora cada una, o ser sustituidas, a elección de la trabajadora, por una reducción de la jornada normal con la misma finalidad, que podrá tener lugar, si bien el precepto no lo especifica, tanto al comienzo como al final de la jornada. Conviene aclarar que por "ausencia" cabe entender el abandono del puesto de trabajo durante el desarrollo de la jornada normal con posterior regreso al mismo, mientras que la reducción supone acortar la jornada de trabajo, bien comenzándola más tarde, bien terminándola antes.

Las alternativas posibles de disfrute de la hora de ausencia serán, por tanto, las siguientes: 1) disfrute continuado de la hora de

¹²⁴ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 49.

¹²⁵ PEREZ DEL RIO, T.: "Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, cit., pág. 56.

ausencia; 2) división de la hora en dos fracciones, que no necesariamente han de ser de igual duración; 3) sustitución de este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora (y no en una), a explicar con seguridad porque en tal supuesto el trabajador o --mejor-- la trabajadora invierten menos tiempo en los desplazamientos¹²⁶.

Sea como fuere, en cualquiera de estas modalidades --y como crítica-- el período de disfrute del derecho resulta tan escaso que es de todo punto insuficiente para cumplir la finalidad perseguida por la norma, la lactancia del menor, dadas las largas distancias que, sobre todo en los grandes núcleos de población, han de cubrirse entre el domicilio del empleado/a y su lugar de trabajo¹²⁷. "Salvo, claro está, que el niño se encuentre en la guardería de la empresa o en un lugar muy cercano al centro de trabajo, la mayor parte del tiempo vinculado a la licencia se irá en los desplazamientos, haciendo estéril el beneficio. La trágica consecuencia es que la trabajadora o trabajador consiguen, sencillamente, trabajar media hora menos, lo cual se vuelve contra la propia trabajadora, ya que el empresario ante estos obstáculos que carecen de funcionalidad preferirá contratar a un trabajador (quien disfrutará en muchos menos casos del permiso), al cual no tendrá que abonar media hora sin recibir contraprestación alguna"¹²⁸.

3.- Efectuada una determinada opción entre las diversas posibilidades apuntadas, cabe preguntarse si a lo largo de los nueve primeros meses de vida del menor dicha opción puede variarse o

¹²⁶ Sobre el contenido del derecho, SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., págs. 196 y ss.

¹²⁷ Razón por la cual en muchos convenios colectivos se prevé la posibilidad de acumular por períodos dilatados de tiempo el disfrute del permiso aquí tratado. Entre otros, CC Interprovincial Comercio Flores y Plantas (Resolución 26 junio 2003); I CC Consum SL (Resolución 11 febrero 2002); CC Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros SA (Resolución 3 febrero 2003); CC Personal Flota Compañía Logística de Hidrocarburos CLH SA (Resolución 29 mayo 2003).

¹²⁸ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", cit., pág. 547.

no. Con anterioridad a la Ley 39/1999 existía doctrina judicial consolidada según la cual "no se puede modificar la opción después injustificadamente y pasarse a otro sistema a capricho del trabajador, salvo que concurran excepcionales y poderosas razones"¹²⁹. Postura que, si bien trata lógicamente de compatibilizar el disfrute de los permisos por lactancia con los intereses organizativos empresariales, corre el riesgo de hacer prevalecer excesivamente estos últimos sobre la finalidad del permiso mismo, si se carga el acento sobre la excepcionalidad de las razones exigidas para proceder a un cambio de la opción inicial¹³⁰.

Si se tiene en cuenta que la finalidad del permiso por lactancia es la alimentación y el cuidado del menor de nueve meses, no puede desconocerse que a lo largo de ese período puede cambiar tanto el contenido de la alimentación --de lactancia natural a artificial-- como la propia periodicidad del suministro de la alimentación al menor. Razones que bastan para erradicar la nota de excepcionalidad y para hacer entrar dentro de la naturaleza de las cosas la necesidad de posibles cambios en la opción elegida inicialmente. Y, seguramente, las diversas modalidades del disfrute del permiso por lactancia que prevé el propio art. 37.4 ET no están pensadas solamente para que el titular del derecho elija de una vez y para siempre una de ellas, sino también para posibilitar el cambio de la modalidad elegida si las propias circunstancias de desarrollo del menor así lo exigieran¹³¹.

4.- Habida cuenta el beneficiario de la medida es taxativamente el hijo de la mujer trabajadora, resulta evidente que el derecho sólo alcanza a los padres biológicos o adoptivos --

¹²⁹ STSJ Madrid 17 octubre 1989, citada por SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., pág. 199, nota 66.

¹³⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 26.

¹³¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 26.

excluidos, por tanto, los convivientes de hecho que aun sin ser progenitores actúen como tales--, razón por la cual no podrá disfrutar del permiso el trabajador que, sin ser padre o madre, tenga bajo su guarda --legal o de hecho-- un menor de nueve meses¹³².

Sorprende esta solución reductiva, máxime cuando, de un lado, otro precepto muy próximo (sistemática y teleológicamente) al que se examina, el art. 37.5 ET, extiende el beneficio de la reducción de jornada a toda persona que tenga a su cuidado un menor por razones de guarda legal; de otro, cuando la Ley 39/1999 ha añadido la situación de acogimiento tanto permanente como preadoptivo de un menor a los de filiación como situaciones que originan derecho a la excedencia del trabajador por cuidado de hijo¹³³.

Se trata, por tanto, de una exclusión tácita de un importante número de potenciales beneficiarios que precisa ser urgentemente corregida, pues vulnera el principio de igualdad consagrado en los arts. 9.2 y 14 CE. Procede no olvidar al respecto que el interés directamente protegido es el del niño menor de nueve meses, y que el deber de custodia y asistencia de los menores no deriva sólo de la patria potestad; antes al contrario, el tutor asume la obligación de custodiar y proteger la persona a su cargo, motivo por el cual al negársele la pausa por lactancia, está siendo discriminado el niño sometido a tutela respecto del sujeto a patria potestad¹³⁴.

5.- No se establece tampoco si la reducción debe ser multiplicada en los supuestos de parto múltiple¹³⁵, si bien la

¹³² SALA FRANCO, T.: "Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo", *TS*, núm. 14, 1992, pág. 10.

¹³³ ALARCON CASTELLANOS, M.: "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1145.

¹³⁴ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 104.

¹³⁵ MARTINEZ FENOLL, J.S.: *El tiempo de trabajo*, Valencia (CISS), 1996, pág. 140.

respuesta, según cierta jurisprudencia --"aún no del todo consolidada"¹³⁶--, ha de ser positiva¹³⁷. Al apuntar como beneficiario de la norma al lactante parece lógico que cada uno de los hijos genere un derecho independiente para atender a su alimentación. Abona tal opción la interpretación de la partícula "un" "como artículo indeterminado o como adjetivo numeral, susceptible, por tanto, de multiplicar el derecho-deber de ausencia por la pluralidad de hijos habidos en cada ocasión". Interpretación adecuada en tanto la norma protege el derecho del niño y éste no puede verse perjudicado, en caso de parto múltiple, por la necesidad de compartirlo con sus hermanos; pero peligrosa, al tiempo, pues -- como tantas veces-- al elevar la carga empresarial --lo cual no ocurriría de hacerse cargo la Seguridad Social de los costes-- actúa en contra de la igualdad de oportunidades entre sexos, viéndose nuevamente perjudicado el femenino, a la hora de la contratación¹³⁸.

Tampoco contempla el ET permisos diferenciados para casos en que, por su nacimiento prematuro o por otros motivos, el pequeño requiera atenciones complementarias, pudiendo disfrutar únicamente del derecho al permiso por enfermedad grave del hijo¹³⁹.

6.- Se guarda silencio sobre si las ausencias del art. 37.4 ET han de ser remuneradas o no. Al respecto es unánime la doctrina al entender la necesidad de su retribución, habida cuenta una interpretación contraria convertiría el precepto en inútil para el

¹³⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica", cit., pág. 19.

¹³⁷ STCT 18 junio 1985 (Ar. 4063) ó STSJ Canarias 24 mayo 1991 (Ar. 3406). Algún convenio colectivo apunta esta posibilidad; entre otros, CC Marco Estatal Empresas organizadoras del juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003) ó CC Personal de Flota Compañía Logística de Hidrocarburos CLH SA (Resolución 29 mayo 2002).

¹³⁸ GARCIA NINET, J.I.: "Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)", cit., págs. 39 y 40.

¹³⁹ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "Validez del convenio colectivo que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido", AS, núm. 5, 2004, pág. 52.

trabajador o --mejor-- para la trabajadora¹⁴⁰.

Cuestión diferente es la de si ha de ser el empresario --como ocurre-- quien cargue con esa retribución o si, por el contrario, debería pesar sobre la Seguridad Social en concepto de cargas familiares; posibilidad esta última que en verdad evitaría, al menos parcialmente, la incidencia negativa de la maternidad --real o potencial-- a la hora de la contratación de mujeres¹⁴¹. *De lege ferenda*, parece más aconsejable que el gravamen (por cuanto supone de debilitamiento del sinalagma inherente al intercambio de prestaciones) sea asumido por la Seguridad Social (como sucede con el subsidio por maternidad) o por el propio Estado (al igual que otras ayudas a las familias)¹⁴².

7.- Existen diversidad de opiniones respecto de si el término "lactancia" debe ser entendido en sentido estricto, comprendiendo únicamente la alimentación y nutrición del menor¹⁴³, o si dentro del mismo caben cualesquiera otras funciones destinadas a la atención y cuidado del niño¹⁴⁴. La jurisprudencia parece decantarse por la segunda interpretación, y así ha llegado a declarar que el fin del permiso no es otro que la madre trabajadora "pueda vigilar y ser

¹⁴⁰ El Convenio núm. 183 OIT establece que las interrupciones del trabajo a los efectos de lactancia deberán computar como tiempo de trabajo y ser remuneradas como tales. Además, la STCT 14 enero 1988 (Ar. 712) recuerda que el art. 37.4 ET, al igual que en su día el art. 25.5 LRL, "no indica nada respecto a la retribución de las ausencias por lactancia", pero ya la STCT 9 febrero 1978 (Ar. 800) proclamó que "respecto a si la pausa por lactancia debe ser o no retribuida, es de advertir que en los supuestos en los que el legislador ha pretendido la disminución proporcional del salario lo ha hecho expresamente..., por lo que debe entenderse que al silenciar en este supuesto concreto (permiso por lactancia) la reducción proporcional del salario, esta pausa de la lactancia debe ser retribuida". En el mismo sentido y con carácter más reciente, STSJ Baleares 19 septiembre 1996 (Ar. 2860).

¹⁴¹ GARCIA NINET, J.I.: "Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)", cit., págs. 37 y 38.

¹⁴² SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "Validez del convenio colectivo que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido", cit., pág. 60.

¹⁴³ VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: "Pausas intra-jornadas y descansos inter-jornadas", en VV.AA.: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Madrid (Acarl), 1991, pág. 263.

¹⁴⁴ DILLA CATALA, M.J.: "El derecho a la licencia por lactancia", *AL*, núm. 17, 1989, pág. 213.

directamente responsable de la crianza de su hijo¹⁴⁵ y, de esta forma, " con el tiempo del que dispone, pueda dedicarse a la atención especial que en tan temprana edad el recién nacido requiere¹⁴⁶. Es menester, por tanto, una interpretación flexible del término, en el sentido de no incluir sólo la estricta alimentación del hijo, sino el cuidado del mismo¹⁴⁷.

La posición doctrinal expresada viene apoyada por el hecho de haber establecido el precepto un plazo concreto (de aplicación objetiva) de nueve meses, con lo cual será indiferente la verdadera duración de la lactancia, pudiendo exceder de esos nueve meses o ser inferior¹⁴⁸. El interés jurídico tutelado por la norma es, pues, la protección del hijo --y de un modo más concreto, del menor de nueve meses--, incluyendo el derecho a recibir una alimentación y cuidado adecuados a su débil condición, para que el hecho de que sus progenitores trabajen no venga a repercutir negativamente en su desarrollo y necesaria atención¹⁴⁹. Siendo éste el propósito central del permiso, no cabe desconocer tampoco en la norma una finalidad, siquiera secundaria, de protección del trabajo de la mujer en razón de la maternidad, cuya función social debe quedar tutelada jurídicamente, permitiendo cumplir con sus obligaciones familiares sin que por ello resulten perjudicados los derechos inherentes a la relación laboral. Confirma esta idea el carácter anexo o complementario (nunca principal) del objetivo de protección de la maternidad que cumple la pausa por lactancia y el hecho de que también el padre pueda disfrutar de la hora de ausencia, lo cual hace emerger a un incontestable primer plano el cuidado y la

¹⁴⁵ Por todas, SSTCT 8 abril 1978 (Ar. 2008) y 10 febrero 1983 (Ar. 1103).

¹⁴⁶ STCT 23 noviembre 1987 (Ar. 25923).

¹⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El permiso de lactancia", *RL*, núm. 14, 1996, pág. 28.

¹⁴⁸ El derecho desaparecerá, no obstante, de fallecer el hijo antes del cumplimiento del plazo, pues el precepto "no tutela tanto a la mujer como al hijo". GARCIA NINET, J.I.: "Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)", cit., págs. 30 y 31.

¹⁴⁹ VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: "Pausas intra-jornadas y descansos inter-jornadas", cit., pág. 262.

atención del niño como bien jurídico prioritariamente tutelado¹⁵⁰.

8.- En todo caso, la pausa prevista en el art. 37.4 ET puede referirse tanto a la lactancia natural como a la artificial¹⁵¹ e incluso al suministro de otros alimentos distintos a la leche, lo cual es obvio cuando la Ley reconoce --en ciertos casos-- que pueda ser el padre quien disfrute de la misma. Conviene, a este efecto, recordar que el permiso por lactancia queda configurado como una medida de protección, no de la maternidad propiamente dicha --tesis que, de aceptarse, podría justificar su atribución en exclusiva a la mujer--, sino del hijo, para que esté convenientemente alimentado y atendido en sus primeros meses de vida; es obvio que esta tarea de crianza y cuidado puede ser desempeñada por cualquiera de los dos progenitores y, en consecuencia --y pese a lo que después se dirá--, está injustificada la privación al padre del derecho a disfrutar el permiso¹⁵².

Lo que sí debe existir es una conexión entre el uso del permiso y los fines para los que se concede; el tiempo que se resta a la actividad laboral ha de dedicarse al cuidado y atención del menor, incumplándose las obligaciones laborales cuando la trabajadora se limita a aumentar su tiempo libre, a mejorar su ocio, a realizar tareas productivas fuera de la empresa o, en general, se desentiende del móvil que legitima su menor actividad laboral¹⁵³. La trabajadora (o el trabajador) que destine la pausa a un objeto distinto de la estricta "lactancia" podrá ser sancionada por abuso de confianza, máxime cuando este permiso queda configurado como un derecho-deber afectado al servicio de una función de interés social¹⁵⁴.

¹⁵⁰ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5834.

¹⁵¹ SSTCT 8 abril 1978 (Ar. 2008) ó 4 septiembre 1984 (Ar. 6778).

¹⁵² GARCIA NINET, J.I.: "Notas sobre las ausencias de trabajo...", cit., pág. 25.

¹⁵³ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., pág. 196.

¹⁵⁴ STCT 8 abril 1988 (Ar. 2008) ó STS 19 junio 1989 (Ar. 5423) y STSJ Cataluña 29 septiembre 2000 (Ar. 4253).

9.- La posibilidad de disfrute por el padre y no por la madre es tal vez la cuestión que más polémica y discusión ha levantado en torno al art. 37.4 ET y, por ello, merece un análisis algo más detallado, partiendo del *iter* histórico del precepto¹⁵⁵. La versión original del art. 37.4 en la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores obviaba el último apartado, circunscribiendo su aplicación a la madre pese a que, en virtud del art. 14 CE, quedaba proscrita cualquier discriminación basada en el sexo. Tal regulación no podía dejar indiferentes a los juristas y, primero, la doctrina científica¹⁵⁶, y, luego --de la mano--, la legal, rechazaron con rotundidad la discriminación contenida en aquél artículo.

El resultado lógico del problema pasó por plantear un recurso de inconstitucionalidad, al no poder llegar a entender cómo era negado el permiso al padre cuando ya los Tribunales habían permitido su disfrute a las madres que proporcionaban una lactancia artificial y no amamantaban a sus hijos; tarea aquella que, como es obvio, podría ser realizada perfectamente por el padre.

Sorprendentemente, el Tribunal Constitucional¹⁵⁷ declaró

¹⁵⁵ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5833.

¹⁵⁶ ALONSO LIGERO, M.S.: "Lactancia y guarda legal", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, Madrid (Edersa), 1982, págs. 364 y 365.

¹⁵⁷ STCo 109/1993, de 25 de marzo. En su virtud, tras declarar que la maternidad constituye "una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 CE y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre", insiste el Tribunal en que el art. 37.4 ET "es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organización de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre, sino a la regulación de las condiciones de trabajo. Por ello, el objeto de comparación es el trabajador padre en relación con la trabajadora madre a la que la Ley concede, y no a aquél, ese particular derecho. Aunque se tomen en cuenta las responsabilidades familiares y también la protección del niño, la norma tiene por concreto objeto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido".

El Tribunal trae a colación la idea de "acción positiva", que justifica remover los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de trato y oportunidades del hombre y de la mujer, para en mérito a esta doctrina concluir: "la justificación de que el permiso cuestionado se otorgase a la madre trabajadora sin mencionar al padre ni siquiera tiene su origen en la diferencia de sexo, pues halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la

ajustado tal precepto a la Norma Fundamental y no discriminatorio, por tanto (bien que con el voto particular en contra de cuatro Magistrados)¹⁵⁸.

Más sorprendente aún es la argumentación sobre la cual fundamentó la decisión, pues consideró la previsión del antiguo art. 37.4 ET como una medida de "acción positiva". Con tal interpretación, el Tribunal Constitucional olvidó la histórica procedencia del permiso de lactancia, así como --y es más peligroso-- el verdadero contenido de este concepto --fundado en el intento de "acelerar la igualdad real entre ambos sexos"-- cuando lo aplica a una institución que "mantiene la desigualdad real entre ambos sexos"¹⁵⁹.

Habida cuenta la redacción originaria del art. 37.4 ET contribuía claramente a perpetuar el rol clásico de la mujer que

(..continuación)

conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones)" (fundamento jurídico 6º). Al respecto, MONTOYA MELGAR, A.: "Sentencia 109/1993, de 25 de marzo. ¿Discriminación del varón o 'acción positiva' en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?; sobre la constitucionalidad del originario art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores", en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI, Madrid (Civitas), 1993, págs. 304 y ss.

¹⁵⁸ Con pleno acierto se oponen al parecer mayoritario de la Sala demostrando que la norma, tal y como fue redactada en 1980, lejos de constituir un beneficio para la trabajadora madre orientado a favorecer su mantenimiento en el empleo puede comportar a menudo un efecto "boomerang" perjudicial a sus intereses profesionales. Tomando como punto de partida el argumento vertido en el fundamento jurídico 6º de la Sentencia relativo a que el reconocimiento exclusivo a la mujer de la pausa por lactancia pretende "compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre", el voto particular aduce que "desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta, que para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será 'más rentable' contratar a hombres que a mujeres trabajadoras, dado el incremento de los costes laborales, que, por esta causa y por otras biológicas (por ejemplo, bajas por maternidad), las mujeres siempre ocasionan. Por esta razón, lo que en la norma impugnada aparece formalmente como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas y, por las mismas, debió el Pleno de este Tribunal haber declarado la inconstitucionalidad de dicha norma por violación del principio de igualdad (arts. 14 y 9.2 CE)".

¹⁵⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El permiso de lactancia", cit., pág. 19.

cuida hogar e hijos, consolidando la ya tantas veces aludida división sexista de las tareas¹⁶⁰, la reforma realizada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, añadió un último apartado al art. 37.4 ET, permitiendo al varón disfrutar también del permiso¹⁶¹. El legislador, consciente de los cambios operados en nuestra sociedad, dejó de proteger exclusivamente a la mujer como madre trabajadora y elaboró una regulación más acorde con los nuevos tiempos en los que la crianza y cuidado de los hijos se considera una función compartida que han de asumir tanto el padre como la madre¹⁶².

Ahora bien y pese a este importante avance en aras de la igualdad por razón de género, el legislador se quedó en cierta medida corto, habida cuenta, tal y como aparece redactado el art. 37.4 ET, el titular del derecho sigue siendo la trabajadora por cuenta ajena¹⁶³, quien puede transferir o ceder el derecho al padre cuando también sea trabajador¹⁶⁴. Esto significará que un trabajador viudo con hijos, o separado y con la custodia del niño, no podrá ausentarse del trabajo para ocuparse de su lactancia; o que, trabajando el padre más cerca del domicilio, haya de ser la madre quien se desplace para tal cometido¹⁶⁵. El derecho de la madre prima, pues, sobre el del padre, que sólo podrá ejercerlo de manera

¹⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A.: "¿Discriminación del varón o `acción positiva' en favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 308.

¹⁶¹ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5833.

¹⁶² CORTE HEREDERO, N.: "El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", cit., pág. 848.

¹⁶³ "No cuando se encuentra afiliada al Régimen de Autónomos, pues se exige que los trabajos realizados por la madre estén comprendidos en el ámbito de aplicación del ET que es el que en definitiva renoce tal derecho". SSTSJ Galicia 2 noviembre 1999 (Ar. 3493) ó Andalucía 19 mayo 2000 (Ar. 2415).

¹⁶⁴ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", *RL*, núm. 9, 1989, pág. 97.

¹⁶⁵ ALONSO LIGERO, M.S.: "Lactancia y guarda legal", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, cit., págs. 364 y 365.

secundaria¹⁶⁶, lo cual resulta discordante con respecto a lo dispuesto en la Directiva 96/34, que exige la total igualdad en el disfrute de los permisos parentales¹⁶⁷.

Quedan abiertos, además, un gran número de aspectos que mueven al intérprete a interrogarse sobre quién decide cuál de ambos progenitores disfruta del permiso si ambos trabajan o si pueden disfrutarlo sucesivamente. En concreto, si la alimentación es artificial, inicial o sucesivamente (después del período de alimentación natural) y ambos progenitores trabajan, cualquiera de los dos (el padre o la madre) puede ejercer el derecho, parece que previa demostración de que el otro no lo ejerce (pudiendo surgir serios problemas cuando los dos quieren utilizar el permiso)¹⁶⁸.

En el supuesto de que sólo la madre trabaje, podría disfrutar de la pausa por lactancia, pues ella es la titular; en la hipótesis de que sólo trabaje el padre, éste no podrá acogerse a la previsión del art. 37.4 ET, pues no se cumple el presupuesto de que ambos progenitores trabajen y en este caso la madre, obviamente, no tiene ningún derecho que transferir¹⁶⁹. Se parte, por tanto, de que si la madre no trabaja el padre no tiene derecho no ya a una corresponsabilidad de tareas con la madre, no tiene ni siquiera el derecho a conciliar su vida profesional y laboral¹⁷⁰. Por la misma razón (ausencia de madre trabajadora) no podrán acceder al permiso los viudos --incluidos los que hasta el fallecimiento de aquélla venían ejerciendo el derecho-- o los varones solteros o

¹⁶⁶ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 28.

¹⁶⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 63.

¹⁶⁸ DILLA CATALA, M.J.: "El derecho a la licencia retribuida por lactancia", cit., pág. 212.

¹⁶⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 3/1989...", cit., pág. 18; DILLA CATALA, M.J.: "El derecho a licencia...", cit., pág. 212 ó GARCIA NINET, J.I.: "Notas...", cit., pág. 28.

¹⁷⁰ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., pág. 65.

divorciados con hijos menores de nueve meses a su cargo¹⁷¹.

Hubiera sido deseable, por ende, aprovechar el contexto de la reforma de 1999 para sustituir el término "trabajadoras" por otro de género neutro ("trabajadores")¹⁷², de forma tal que, o bien si uno de los dos no trabaja no se le conceda al otro el permiso, independientemente de que sea el padre o la madre o, sí se le concede, sea con independencia de que sea el hombre o la mujer quien trabaje¹⁷³. Con ello se hubiera logrado dar solución, de una vez por todas, a los múltiples problemas que se plantean en el caso de familias monoparentales cuando el cabeza de familia sea el padre¹⁷⁴.

Por último, hay que destacar que fuera del padre o de la madre, el ET no admite ningún otro sujeto que pueda ser titular de este derecho. Quedan, por tanto, excluidas situaciones de convivencia de hecho en las que quien asume la alimentación del menor es una persona distinta de sus progenitores (por ejemplo, si el menor de nueve meses ha quedado huérfano). Este vacío normativo, a todas luces criticable, podría haberse solucionado mediante una fórmula similar a la recogida en el art. 37.5 ET, reconociendo el derecho al permiso o a la reducción de la jornada de trabajo por lactancia a "quien tenga a su cuidado directo un menor de nueve meses"¹⁷⁵.

¹⁷¹ SALA FRANCO, T.: "Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo", *TS*, núm. 14, 1992, pág. 10.

¹⁷² Tal y como efectúa algún convenio colectivo; entre otros, CC Vigilancia Integrada SA (Resolución 12 marzo 2002); CC Teleinformática y Comunicaciones SAU (TELYCO) (Resolución 12 marzo 2001).

¹⁷³ DILLA CATALA, M.J.: "El derecho a licencia...", cit., pág. 212.

¹⁷⁴ SIERRA HERNAIZ, E.: "Igualdad de oportunidades y acción positiva en la negociación colectiva española", en VV.AA.: *La nueva función de la negociación colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1998, pág. 78. Más en general, DUSKIN, E.: "Disadvantaged lone-parent families: is family structure the problem? Is Social Security the answer?", en VV.AA.: *Social Security and changing family structures*, Suiza (International Social Security Association), 1992, págs. 115 y ss.

¹⁷⁵ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 68.

Es claro, en fin, que en el supuesto de que el padre y la madre trabajen, nada obsta a que ambos progenitores distribuyan a su conveniencia las pausas por lactancia --por ejemplo, escogiendo un sistema fraccionado de dos medias horas, de las cuales una será disfrutada por el padre y la otra por la madre, o estableciendo un calendario de interrupciones--, sin más limitación que la derivada del deber de notificarlo anticipadamente a la empresa o empresas respectivas y la probable --y aún razonable-- de que no puedan simultanear el ejercicio del derecho¹⁷⁶.

10.- Resta por analizar una cuestión harto delicada y que ha sido objeto de cierta controversia judicial, cual es la compatibilidad entre el permiso por lactancia y otros derechos próximos. Las conclusiones fundamentales que pueden enjuiciarse y valorarse son las siguientes:

En primer lugar, sólo a veces resulta compatible la suspensión por parto que disfruta un progenitor con la ausencia o reducción de jornada por lactancia que ejerce el otro. Se trata de derechos de naturaleza distinta, y el primero de ellos, con los matices que se quiera, sigue siendo de titularidad de la madre. Sin embargo, el segundo sólo puede ejercitarlo el padre cuando "ambos trabajen", circunstancia que no sucede si la madre disfruta de la suspensión por parto. Pero si es el padre el que, derivadamente, utiliza la suspensión por parto, sí puede la madre hacer uso del derecho de lactancia.

En segundo término, y en cuanto a la excedencia por cuidado de hijo, la situación resulta parecida: sólo podrá compatibilizarse si el padre disfruta de la excedencia y la madre de la lactancia.

En tercer lugar, por lo que respecta a la reducción de jornada

¹⁷⁶ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5834.

por guarda legal, las posibilidades teóricas de compatibilización son mayores, pues, por hipótesis, un mismo progenitor podría utilizar permiso de lactancia y derecho de guarda legal, o bien cada progenitor uno de los derechos¹⁷⁷.

En cuarto término, tampoco habría inconveniente alguno para que cualquiera de los dos padres se acogiera al permiso por lactancia mientras el otro disfrutara del permiso para la atención de su hijo hospitalizado, pudiendo atender a la finalidad de ambos permisos tanto de forma continuada como alterna o en momentos distintos (en paradigmático ejemplo, ausentándose del trabajo por la mañana para atender a su hijo en el hospital y reduciendo su jornada por la tarde)¹⁷⁸.

11.- Sea como fuere, de todo lo anterior cabe inferir, en conclusión, que la lactancia, tal como se encuentra regulada en el art. 37. 4 ET, no sirve al objetivo que su denominación plantea. En primer lugar, no sirve para facilitar la alimentación de los hijos menores, razón por la cual no debería denominarse así, pues su significado actual es el de una mera reducción horaria que, dada su duración diaria, no permite su utilización como instrumento de conciliación de obligaciones familiares y profesionales. En segundo término, su regulación imprecisa ha planteado problemas que no han sido solucionados en su totalidad por la reforma introducida mediante la Ley 39/1999.

Quizá, por ello, resulte muy acertada la propuesta sindical de sustituir este derecho por otro más eficaz desde la óptica de la mencionada conciliación, con posibilidades de servir como instrumento de incentivación del reparto de las responsabilidades familiares y que responda mejor a las exigencias de la Directiva

¹⁷⁷ CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (en torno al artículo 37)", cit., pág. 806.

¹⁷⁸ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "Validez del convenio que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido", cit., pág. 59.

96/34: el reconocimiento de un crédito de horas, de cuantía igual a la que supone el derecho a disminuir la jornada en media hora diaria durante el período que transcurre desde la incorporación tras la suspensión por maternidad y hasta que el niño tuviera la edad de nueve meses, de titularidad reconocida en partes iguales a ambos padres y sin posibilidad de transferencia de uno a otro¹⁷⁹.

1.3.- Permiso por nacimiento de hijo prematuro o que requiera hospitalización

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en su disposición adicional octava, introduce un apartado cuatro bis en el art. 37 ET, para los casos de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. En estos supuestos, la madre o el padre, alternativamente, tienen derecho a ausentarse del trabajo una hora y a reducir su jornada hasta el máximo de dos horas con la disminución proporcional del salario¹⁸⁰.

Haciendo una interpretación mínimamente coherente del precepto aquí analizado, habrá que entender incluidos también los supuestos en que el parto hubiera tenido lugar en un marco distinto del hospital y se hubiese producido con posterioridad el ingreso del neonato, así como los casos en los cuales de produjese el alta del nacido y tras ella tuviera lugar su ingreso hospitalario en un lapso de tiempo irrelevante, sin olvidar tampoco los supuestos en que por causa de la salud de la madre, ésta y el neonato deben permanecer hospitalizados¹⁸¹.

¹⁷⁹ PEREZ DEL RIO, T.: "Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., págs. 48-49.

¹⁸⁰ Un comentario a esta novedad legal en SANCHEZ TIRGUEROS, C.: "Derechos laborales de los padres con neonatos hospitalizados", *AS*, núm. 17, 2002, págs. 49 yss. ó MOLINA NAVARRETE, C.: "El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio", *RTSS (CEF)*, núms. 221-222, 2001, págs. 157 y ss.

¹⁸¹ RUBIO DE MEDINA, M.D. y CAÑAL RUIZ, J.M.: *La integración de la mujer en el mercado laboral*, Barcelona (Bosch), 2004, pág. 116.

De todas formas, aun cuando el régimen jurídico de este permiso es similar al estudiado en el epígrafe anterior, lo cierto es que entre ellos se pueden destacar dos diferencias importantes¹⁸²:

De un lado, la licencia por hospitalización del neonato, más que conseguir dispensar atenciones al recién nacido que le son suministradas por profesionales, busca el contacto de los padres con el bebé, pasándose así de un fin terapéutico, de cuidados físicos, a un objetivo claramente psicológico. Esta distinta finalidad tiene una repercusión directa en cuanto a la titularidad del derecho se refiere: como se persigue que los padres puedan estar junto a su hijo hospitalizado y no tanto los cuidados maternos, la norma configura este derecho bien para el padre o para la madre, pudiéndose hacer efectivo por cualquiera de los progenitores indistintamente.

De otro, mientras en el permiso por lactancia se permite que su duración se pueda fraccionar en dos mitades o se disfrute de forma continuada, la Ley 12/2001 nada dice de esta doble posibilidad para el caso de que el permiso se solicite por parto prematuro, razón por la cual debe de ser el acuerdo entre el trabajador y el empresario, atendiendo a las necesidades de la empresa, el que determine la forma de disfrute.

Por lo demás, atendiendo a la finalidad que este permiso viene a cumplir, no parece justificada la exclusión de los supuestos de hospitalización del hijo a continuación de la adopción, aunque las particularidades de la filiación adoptiva hacen aconsejable el establecimiento de un tratamiento distinto (pero equivalente)¹⁸³.

¹⁸² MORGADO PANADERO, P.: "La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., pág. 33.

¹⁸³ VIQUEIRA PEREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 46.

Tampoco se entiende suficiente el tiempo retribuido de permiso que se reconoce en el supuesto aquí analizado, por cuanto resulta obvio que el trabajador va a tener que acudir normalmente a la reducción de jornada, ante la práctica imposibilidad de procurar cuidados a un hijo hospitalizado en un período tan breve, aun en los casos en que la distancia entre el centro de trabajo y el recinto hospitalario no fuera excesiva¹⁸⁴.

1.4.- Licencias para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto

El art. 37.3 f) ET reconoce el derecho del "trabajador" a ausentarse, con derecho a remuneración (cuestión ésta abierta a críticas en tanto podría parecer justo que fuera la Seguridad Social quien corriera con esa "retribución/¿indemnización?", no en vano "los derechos reconocidos a la mujer trabajadora --destinataria directa de este permiso-- pueden terminar convirtiéndose, nuevamente, en un arma de doble filo contra ella misma"¹⁸⁵), para la realización de exámenes prenatales y (ampliando las previsiones de la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia) técnicas de preparación para el parto¹⁸⁶, con

¹⁸⁴ LOPEZ TERRADA, E.: *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: identificación de los sujetos protegidos*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 86.

¹⁸⁵ HERRAIZ MARTIN, M.S.: "La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *TS*, núm. 118, 2000, pág. 34. Otra loable medida podrían ser los conciertos entre las empresas con elevada contratación femenina y la Administración sanitaria, para facilitar la realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto, de modo gratuito, fuera de la jornada de trabajo. LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", *AL*, núm. 38, 1998, pág. 720.

¹⁸⁶ El ordenamiento español traspone con generosidad, lo dispuesto en la Directiva, pues aparte de justificar el permiso en exámenes prenatales, lo justifica, asimismo, en técnicas de preparación al parto, ampliación encomiable, desde el punto de vista de la trabajadora, pero discutible, en cuanto altera la equivalencia contractual, siendo susceptible de producir el indeseable *efecto boomerang*, retrayendo a los empresarios en la contratación de mujeres. LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", *cit.*, pág. 720.

sólo cumplir dos requisitos:

1.- Aviso previo al empresario, en lo que no deja de ser una manifestación del deber genuino de buena fe, "conforme al cual el ejercicio de un derecho debe perjudicar lo menos posible a la otra parte o a un tercero", tanto en la forma (y "razones de seguridad jurídica aconsejan la utilización de forma escrita"¹⁸⁷) como en el fondo (por ejemplo, adoptar las medidas pertinentes para suplir la ausencia de la trabajadora o, más genéricamente, "adoptar las medidas de reorganización necesarias"¹⁸⁸).

2.- Justificar la necesidad de realizar dichos exámenes o cursos dentro de la jornada de trabajo; para tal aval bastará una certificación del facultativo o del centro (en este caso no es necesario --ni siquiera-- el certificado del médico de la Seguridad Social, pues la Ley no lo exige¹⁸⁹), en el cual conste el día y la fecha en la cual la trabajadora ha de ser atendida.

Así concebido este permiso, su concesión no es una facultad discrecional del empresario, sino que deberá otorgarlo necesariamente cuando exista causa legal para la interrupción de la actividad laboral, esto es, el examen prenatal o el curso de técnicas de preparación al parto, siempre que se acredite adecuadamente la (..continuación)

"Los exámenes prenatales deben interpretarse como cualquier prueba practicada a la madre para comprobar la evolución del feto, mientras que por técnicas de preparación al parto cabe entender todas aquellas que vayan destinadas a mejorar física y psicológicamente a la embarazada". VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 23.

¹⁸⁷ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Disposición adicional undécima", en VV.AA (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 361.

¹⁸⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 304.

"Este deber de noticiar al empresario parece más sencillo en el ámbito de la gimnasia, pues una mínima diligencia permite comunicar tanto el número de sesiones, como el horario del centro o lugar donde se impartan las clases, así como la duración de las mismas, lo que, además, evita la petición individualizada para cada ocasión; por contra, las necesidades médicas ligadas a la gestación son relativamente imprevisibles, supeditadas al desenvolvimiento del embarazo". SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., pág. 180.

¹⁸⁹ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Disposición adicional undécima", cit., pág. 362.

necesidad de realizarlos, precisamente, en un horario que coincide con la jornada laboral¹⁹⁰.

La única primera duda interpretativa que plantea el precepto aquí analizado guarda relación con "el alcance de la necesidad de que aquellas actividades se lleven a cabo durante la jornada de trabajo", pues casi siempre existirá la posibilidad de que la trabajadora asista a cursos y facultativos cuyos horarios no coincidan con la jornada laboral, pero a costa de la libertad de opción que sólo a ella le corresponde. "Es por ello que, pese a la redacción del precepto estatutario, debe entenderse que la trabajadora es libre para elegir el curso y facultativo que desee, estando el empresario obligado a conceder el permiso retribuido que se solicite si éste coincide con la jornada de trabajo. Si es posible y forma parte de las prerrogativas empresariales, será aconsejable el reajuste del horario de trabajo para que los permisos no coincidan con la jornada de trabajo (lo que puede suceder, por ejemplo, por medio de las horas complementarias en el caso del trabajo a tiempo parcial). En otro caso, el cambio de horario requerirá el acuerdo de la trabajadora o el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el art. 41 ET (que requiere a su vez la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción)"¹⁹¹.

Con todo, la conclusión a extraer de esta nueva previsión legislativa es positiva a primera vista, por cuanto permite privar al empresario de instrumentos anteriormente empleados para extinguir la relación laboral de la embarazada, como son, en primer lugar, el despido disciplinario por ausencias reiteradas e injustificadas (art. 54.2.a ET) y, en segundo término, el despido objetivo (art. 52. d ET), resultado aún más claro si conectado con la

¹⁹⁰ "No estamos ante una concesión del empresario sino ante un auténtico derecho de la trabajadora". VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 21.

¹⁹¹ PEREZ DEL RIO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley), 2000, pág. 66.

prohibición de despido de la trabajadora durante el embarazo y el permiso por maternidad, prevista en el art. 10 Directiva 92/85 y ahora, tras la reforma de la Ley 39/1999, también en la normativa interna (art. 55.5 ET)¹⁹².

En segundo término, la redacción de este precepto alude genéricamente al "trabajador", lo cual lleva a cuestionar si el padre puede disfrutar también del permiso retribuido. Así, mientras que un sector de la doctrina científica ha interpretado que "el padre no requiere exámenes médicos prenatales y, por tanto, no tiene por qué beneficiarse de este permiso"¹⁹³, otro sector de la doctrina, con mayor acierto, ha interpretado precisamente lo contrario, esto es, que "es perfectamente posible y hasta recomendable la presencia del padre en las sesiones de preparación al parto"¹⁹⁴ y "en el acompañamiento de la embarazada a sus reconocimientos médicos"¹⁹⁵. "Ello contribuiría, sin duda, como otros tantos derechos, a una mayor conciencia social sobre la responsabilidad compartida de ambos progenitores en la maternidad/paternidad"¹⁹⁶.

En tercer lugar, como es tónica general en materia de permisos surgen dudas en relación con la retribución aplicable, pues la ley se limita a señalar que dichas ausencias laborales son

¹⁹² FERNANDEZ RAMIREZ, M.: "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Andalucía (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1995, págs. 277 y 278.

¹⁹³ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 303; SANCHEZ TRIGUEROS, C.: *Los permisos retribuidos del trabajador*, cit., pág. 177 ó CABEZA PEREIRO, J.: "Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal (en torno al artículo 37)", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 803.

¹⁹⁴ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 77.

¹⁹⁵ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 22.

¹⁹⁶ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, cit., pág. 78.

retribuidas, siendo patente la ausencia de previsión en cuanto a conceptos o pluses vinculados a los elementos cuantitativos configuradores del trabajo o las condiciones concretas de prestación del mismo. Este vacío ha originado un largo debate doctrinal, dentro del cual destacan un número importante de pronunciamientos judiciales que se inclinan en favor de incluir dentro de los conceptos salariales computables todos los que conforman el salario real, con independencia de la naturaleza de los distintos complementos¹⁹⁷.

El art. 37.3 f) ET merece, en consecuencia, una doble valoración: de un lado, un juicio crítico respecto a la indeterminación temporal que incorpora dada la imprecisión del término "indispensable"¹⁹⁸, pues no especifica --por ejemplo-- si comprende el tiempo invertido en los desplazamientos de la trabajadora desde el centro de trabajo al lugar de realización de los exámenes o técnicas o si, por el contrario, queda limitado estrictamente a la realización de aquéllos, lo cual tiene su trascendencia a efectos de determinar si el tiempo de desplazamiento ha de ser retribuido, si bien, la interpretación adecuada no podría ser sino la de defender la necesidad de aumentar la duración del tiempo imprescindible, sobre todo al considerar la existencia de los citados desplazamientos¹⁹⁹; de otro, una valoración positiva, por la doble ubicación del permiso, tanto en la LPRL como en el ET, pese a las críticas existentes por la inclusión de un mismo derecho en dos normas diferentes (art. 37 ET y art. 26 LPRL --que también hace referencia a esta licencia--) y la defensa de una previsión única en el ET, lugar, en opinión de estos

¹⁹⁷ STS 10 mayo 1992 (Ar. 3581) y SSTSJ Valencia 6 junio 1991 (Ar. 4123), País Vasco 9 mayo 1994 (Ar. 2284) ó Navarra 26 septiembre 1996 (Ar. 3344).

¹⁹⁸ Como ha indicado un sector de la doctrina, pese al carácter ambiguo de la expresión, la duración dependerá del tiempo previsto para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, por lo que cabe entender que serán posibles varias ausencias durante el día si resulta indispensable la realización de varias pruebas médicas en diferentes sesiones o la realización de exámenes prenatales por un lado y ejercicios de parto por otro en la misma jornada. VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 24.

¹⁹⁹ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Disposición adicional undécima", cit., pág. 362.

analistas, más adecuado que la LPRL para contener una norma ajena a la materia de prevención²⁰⁰.

Profundizando en lo anterior, cabe indicar al respecto que la duplicidad normativa mencionada es lógica y necesaria, habida cuenta LPRL y ET no coinciden en su ámbito de aplicación, de tal modo que, de un lado, la exclusiva modificación del art. 37 ET (efectuado por la disposición adicional 11ª LPRL) excluiría --salvo reconocimiento del efecto directo vertical de la Directiva²⁰¹-- de la aplicación del derecho allí reconocido a los funcionarios públicos --incluidos en la LPRL pero excluidos del ET *ex art. 1.3.a*-- y, de otro, la previsión del derecho únicamente en el art. 26.4 LPRL conllevaría dejar al margen del disfrute del derecho a las empleadas del hogar -sector excluido por el art. 3.4 LPRL de su ámbito de aplicación--, para las cuales, al ser una relación laboral absolutamente "feminizada"²⁰², quedaría abierta únicamente la vía de protección (al amparo de la cual tal vez podría darse cabida a un permiso como el contemplado en el art. 26 LPRL) del art. 3.4 *in fine* --"el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene"²⁰³--.

En fin, la finalidad de este permiso retribuido, vista desde una óptica prevencionista, es la protección de la maternidad biológica, y en particular, la salud de la trabajadora embarazada y la viabilidad del proceso de gestación. Seguramente por eso el legislador no ha

²⁰⁰ Ahora bien, sí es cierto que el derecho reconocido en el art. 26.4 LPRL no queda estrictamente vinculado a la seguridad y salud en el trabajo, sino a la protección de las trabajadoras embarazadas, pese a aparecer incluido en la LPRL. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 303.

²⁰¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Unas anotaciones críticas sobre el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales", *La Ley*, núm. 4153, 1996, pág. 2.

²⁰² Por extenso, FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 241.

²⁰³ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Disposición adicional undécima", cit., págs. 359 y 360.

tenido en cuenta hasta el momento (sería conveniente que lo hiciera en el futuro) aquellas opiniones que defendían el reconocimiento de un permiso similar para facilitar al trabajador la tramitación administrativa o judicial requerida por la institución jurídica de la adopción o del acogimiento²⁰⁴.

2.- REDUCCION DE LA JORNADA POR CUIDADO DE DETERMINADOS FAMILIARES

El art. 37.5 ET brinda la posibilidad (tanto a hombres como a mujeres) de reducir la jornada de trabajo al menos en una tercera parte, pero sin exceder de la mitad --con disminución proporcional del salario²⁰⁵--, para el cuidado de menores de seis años²⁰⁶, minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales o de algún familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad²⁰⁷ (no por adopción)²⁰⁸, que "no puedan valerse por sí mismos". No se atiende, por tanto, a las relaciones derivadas de las parejas de hecho²⁰⁹. Se olvida el legislador, igualmente, de ciertos supuestos sociales como son las estructuras unifamiliares derivadas de la separación, el

²⁰⁴ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 90.

²⁰⁵ El señalamiento de un tope máximo pretende evitar que la jornada del trabajador se reduzca de tal forma que resulte "improductiva" su prestación laboral y se produzcan perjuicios importantes dentro de la organización y marcha normal de la empresa. CORTE HEREDERO, N.: "El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", *AS*, 1998, T. V, pág. 860.

²⁰⁶ El límite debería ampliarse a ocho años en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 96/34, máxime cuando tal modificación no conllevaría, como norma general, un trastorno excesivo para el empresario al tratarse de un derecho que no es retribuido. ALARCON CASTELLANOS, M.: "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999", *AS*, 1999, T. V, pág. 1147.

²⁰⁷ Sobre la relación de parentesco, LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre", *AL*, núm. 25, 2000, pág. 445.

²⁰⁸ Lo cual no deja de causar extrañeza, CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 105.

²⁰⁹ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 32.

divorcio o la viudedad²¹⁰.

La doctrina ha ponderado las ventajas de esta modalidad de trabajo a tiempo parcial²¹¹, señalando que constituye un eficaz medio para contribuir a resolver los problemas familiares en ciertas etapas de la vida de los trabajadores --o mejor trabajadoras, como siempre, principales destinatarias de esta medida-- en las cuales precisamente por los cuidados que requieren los menores, minusválidos o familiares, les resulta difícil compatibilizar los deberes profesionales y familiares²¹², máxime cuando el contenido del precepto citado no se limita (que no es poco) a conceder un derecho a la reducción de la jornada con posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social a fin de mantener la base de cotización en la cuantía por la que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada²¹³, sino que otorga al beneficiario la posibilidad de disponer de ella como mejor convenga a sus intereses con el solo límite de carecer de una segunda actividad retribuida²¹⁴.

Con todo, la ley ha sido muy desafortunada en su redacción por cinco razones fundamentales:

²¹⁰ LOPEZ AHUMADA, J.E.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *DL*, núm. 60, 1999, pág. 276.

²¹¹ Especie de situación jurídica intermedia entre el permiso retribuido (con mantenimiento del salario) y la excedencia por cuidado de hijos o familiares (sin mantenimiento del salario). VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 35.

²¹² ALONSO LIGERO, M.: "Lactancia y guarda legal", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VII, Madrid (Edersa), 1982, págs. 372-373.

²¹³ Con ello queda salvada la crítica referida al olvido del legislador respecto de "la regulación de los efectos de la reducción de la jornada sobre la protección social". PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 52.

²¹⁴ MATIA PRIM, J.: "Descanso semanal y anual. Permisos", en VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Madrid (Facultad de Derecho), 1977, págs. 332 y ss. En este mismo sentido, SJS, núm. 1, La Rioja 25 febrero 2000 (*Doctrina Social de Instancia*, núm. 1, 2000, págs. 88 y ss).

1^a.- Por limitar el derecho al cuidado de un menor de seis años, pues la Directiva 96/34, sobre permiso parental, posibilita la protección del menor hasta los ocho años. Desde luego, que una ampliación en dos años más de la edad del menor objeto de atención y cuidado en virtud de la cual se tiene derecho a reducir la jornada de trabajo favorecería la compatibilidad de las responsabilidades familiares del trabajador, y en este caso, sin coste salarial adicional para la empresa, no en vano el trabajador disminuye su salario en proporción a la jornada efectivamente trabajada²¹⁵.

2^a.- Por imponer, como requisito para el disfrute de este derecho de reducción de jornada, que las personas disminuidas, enfermas o ancianas, objeto de cuidado, no desempeñen una actividad retribuida. Aquí el legislador olvida la situación de necesidad que la familia está atendiendo, siendo claramente una medida que no sólo no facilita la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, sino que además atenta contra el derecho de inserción laboral de las personas con disminución psíquica o física²¹⁶.

3^a.- Por exigir que la persona que requiere los cuidados "no pueda valerse por sí mismo", pues parece equipararse con la situación de gran invalidez configurada en la legislación de la Seguridad Social, razón por la cual parece más adecuado sustituir la causa que puede justificar la obtención de la reducción de la jornada por la siguiente expresión: "que tenga dificultad para valerse por sí mismo"²¹⁷.

²¹⁵ ALMENDROS GONZALEZ, M.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 71.

²¹⁶ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., pág. 66.

²¹⁷ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida familiar y laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 67.

4ª.- Por utilizar la locución "cuidado directo" del familiar necesitado de ayuda, pues ello supone la implicación personal, plena e inmediata del trabajador en tal tarea. Exigir al trabajador este nivel de dedicación implicaría, sorprendentemente y en contra de la finalidad de la norma, el abandono de cualquier empleo y no sólo la mera reducción de la jornada, razón por la cual, según la hermenéutica de la norma, sería procedente adoptar una interpretación flexible, admitiendo como válida la existencia de ayuda proveniente de otros miembros del entorno familiar, e incluso ajenos al mismo, para atender adecuada y suficientemente a quien más lo necesita en una familia²¹⁸.

5ª.- Por permitir limitar el ejercicio del derecho de reducción de jornada por parte del empresario en el caso de que "dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante", con el objeto de coordinar y equilibrar los intereses del trabajador con los de la actividad productiva de la empresa. Tal tenor literal permite que el empleador sea el encargado de administrar el ejercicio de un derecho que se enraíza de forma harto clara con la vida privada del trabajador²¹⁹. Por ello, sería conveniente aclarar, de un lado, que esta limitación sólo puede tener lugar cuando los trabajadores de la misma empresa pretendan un disfrute simultáneo de la reducción y no cuando se trate de un disfrute sucesivo respecto del mismo sujeto causante; de otro, que el empresario no podrá oponerse al disfrute simultáneo de los dos trabajadores de la misma empresa cuando los sujetos causantes que originen el derecho sean distintos²²⁰.

²¹⁸ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 59.

²¹⁹ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., pág. 66.

²²⁰ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 61.

3.- SUSPENSION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MATERNIDAD Y SUPUESTOS ASIMILADOS

Bajo la premisa de que la situación de embarazo, parto y postparto, por mor de razones biológicas obvias, es condición exclusiva del sexo femenino, el art. 45 ET contempla como causa de suspensión del contrato (y de aparición del derecho a percibir el subsidio por maternidad de la Seguridad Social, calculado sobre el cien por cien de las bases de cotización, además del derecho a asistencia sanitaria --art. 38.1.a LGSS--) la "maternidad de la mujer trabajadora"²²¹, a lo que añade "la adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años"²²².

El parto, la adopción o el acogimiento son, pues, los hechos que dan lugar al nacimiento de esta especial situación contractual en la que la trabajadora (o el trabajador --ya veremos en qué supuestos--) se encuentran con el "privilegio" de no tener que realizar sus obligaciones laborales recibiendo a cambio, no un salario, pero sí una prestación de la Seguridad Social²²³.

Tal previsión aparece desarrollada en el art. 48.4 ET --dentro de la suspensión con derecho a reserva del puesto de trabajo--, mostrando --así se desprende de su letra-- "que no le importa en absoluto, a los efectos de adquirir el derecho, ni el estado civil de los progenitores, ni el estatuto legal de los hijos, ofreciendo --por ende-- cobertura tanto a padres o madres solteros como a hijos

²²¹ Criticable redundancia pues "¿qué otra maternidad podría ser?". ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid (Civitas), 1995, pág. 215.

²²² FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., págs. 5826 y ss. Por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 81 y ss.

²²³ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", *RTSS (CEF)*, núm. 7, 2002, pág. 81.

matrimoniales o extramatrimoniales"²²⁴.

3.1.- Suspensión contractual por maternidad/paternidad biológica

La suspensión por maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos, no en vano ya las primeras intervenciones normativas en el ámbito social señalaban la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto²²⁵. Es más, desde la redacción original del Estatuto de los Trabajadores en 1980 las modificaciones del art. 48.4 se han ido sucediendo a lo largo del tiempo²²⁶, si bien "tales reformas no empecen un panorama en el que todavía existen evidentes impactos adversos hacia la mujer trabajadora" y madre de familia²²⁷, tal y como se tendrá ocasión de analizar a lo largo de las páginas siguientes.

3.1.1.- Extensión temporal de la situación protegida

La duración de la suspensión en el supuesto de parto sigue siendo de dieciséis semanas ininterrumpidas²²⁸, con independencia

²²⁴ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, págs. 37 y 40.

²²⁵ La primera regulación data de la Ley de 13 de marzo de 1900, cuyo art. 9 ya señalaba la necesidad de que la mujer disfrutase de un descanso obligatorio posterior al parto de tres semanas, regulación que fue ampliada posteriormente, a través del Real Decreto de 21 de agosto de 1923, a seis semanas. ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 83.

²²⁶ Por todos, MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, págs. 67 y ss.

²²⁷ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RL*, núm. 61, 2000, pág. 33.

²²⁸ Sobre la duración del descanso, por extenso, RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., págs. 113 y ss.

de que el alumbramiento sea prematuro o a término siempre y cuando el neonacido sobreviva²²⁹. A esta regla general, procede efectuar, no obstante, las siguientes consideraciones:

A) Distribución del período de disfrute

La interesada puede continuar distribuyendo a su gusto el período de disfrute (dieciséis semanas en el supuesto de parto simple) con la única limitación de respetar el requisito de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al alumbramiento²³⁰. Estas seis semanas se siguen considerando como período de descanso postparto obligatorio, necesario para la recuperación física e incluso psíquica de la madre tras el parto²³¹; el resto de semanas o descanso voluntario puede disfrutarlas en su totalidad o parcialmente, como desee, antes o después del parto, siempre que sea de forma ininterrumpida²³² (salvo en supuestos excepcionales tal y como sucede en aquellos casos en que el neonato deba ser hospitalizado después del nacimiento).

Así pues, la ordenación estatutaria permite que la futura madre pueda beneficiarse de hasta diez semanas de descanso con anterioridad al parto, quedando limitado en tal caso el período de atención al niño a unas insuficientes seis semanas. La posibilidad de

²²⁹ MARINI, G.: "Aborto e parto prematuro nella tutela delle lavoratrici madri", *Riv. It. Dir. Lav.*, núm. 1, 1996, págs. 91 y ss.

²³⁰ El descanso de seis semanas tras el parto es obligatorio para la trabajadora, no facultativo. De las razones para la obligatoriedad y el juego del "poder" (*may*) y el "deber" (*must*) en el puerperio, CRIGHTON, W.B.: *Working women and the Law*, Londres (Mansell), 1979, pág. 50.

Como con acierto se ha señalado, en nada contribuye al cambio de roles sociales entre hombres y mujeres que el cuidado de los hijos, en las primeras semanas de vida, siga siendo considerado una responsabilidad propia de la mujer. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general", en VV.AA. (GONZALEZ ORTEGA, S., Coord.): *Seguridad Social y familia*, Madrid (La Ley), 1999, págs. 108-109.

²³¹ SIERRA HERNAIZ, E.: "Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo", *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1236.

²³² MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", *AS*, 1998, Tomo V, pág. 1165.

agotar tan dilatado período no tiene sentido en la actualidad, al existir vías alternativas para acceder a la suspensión que permiten disfrutar *a posteriori* el descanso maternal completo: la incapacidad temporal cuando existan problemas de salud no conectados con el puesto de trabajo, y el riesgo durante el embarazo para aquellos casos en que las condiciones laborales pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto²³³.

Algunos problemas pueden plantearse, también, en relación con los posibles errores en que pueda incurrir el facultativo a la hora de precisar la fecha del parto y anticipación del disfrute del derecho. En este caso, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio pueda ser reducido²³⁴. La anterior solución viene inducida por lo dispuesto en el art. 4.4 del Convenio núm. 183 de la OIT, en virtud del cual cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio se vea mermada. Ante esta situación es lógico, aunque el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, no se pronuncia al respecto, que también se prolongue el pago de la prestación por maternidad²³⁵. Una regulación expresa de este supuesto evitaría, no obstante, gran cantidad de conflictos.

B) Parto múltiple

Tras la promulgación de la Ley 39/1999, se ha procedido a

²³³ GARCIA ROMERO, B. y LOPEZ ANIORTE, C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, Murcia (DM), 2001, págs. 56-57.

²³⁴ STSJ Analucía 17 mayo 1990 (Ar. 2727) ó 12 julio 1993 (Ar. 3255).

²³⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: "La suspensión del contrato por razón de maternidad", en VV.AA (GARCIA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, Oviedo (Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo), 2001, pág. 43.

una mejor y más clara formulación de la ampliación del descanso por parto múltiple, acomodándola al número de hijos, de tal manera que el suplemento previsto por la Ley (dos semanas) se materializa "por cada hijo a partir del segundo", regla que es de aplicación también a la "maternidad" por adopción o acogimiento múltiple²³⁶. Esto supone que si el parto es gemelar el descanso será de dieciocho semanas, incrementándose en dos semanas más por cada hijo (tres hijos suponen veinte semanas, cuatro hijos veintidós semanas, etc.).

Es evidente que la nueva regulación introduce una mejora cuantitativa para los sujetos, cada vez más numerosos, que disfrutan de los efectos de la suspensión, pues aun cuando "algunos supuestos de partos múltiples tienen su origen en la fecundación natural, resulta innegable que buena parte de ellos son fruto de la aplicación --cada vez más frecuente-- de avanzadas técnicas de fecundación artificial, que han multiplicado por seis el número de embarazos múltiples en los últimos veinticinco años... Un factor clave para explicar dicha frecuencia lo constituye, junto a la facilidad de acceder a estos métodos, el cambio experimentado en el comportamiento social de la mujer que le lleva, en ocasiones, a planificar su embarazo en función de su trabajo"²³⁷. Sorprende, sin embargo, que no se vea igualmente incrementado el período de descanso obligatorio de la trabajadora, que sigue siendo el mismo (seis semanas) independientemente del número de hijos nacidos²³⁸.

Por lo demás y por lo que se refiere al momento a partir del cual puede hacerse uso de este derecho ampliado, algún sector de la doctrina entiende que aunque la referencia normativa se efectúa al

²³⁶ GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 29.

²³⁷ LOPERA CASTILLEJO, M.J.: "La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral", *AL*, núm. 47, 1999, pág. 914.

²³⁸ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 99.

parto ("ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo"), en la medida en que hoy día existe la posibilidad de conocer anticipadamente la existencia de la fecundación de más de un óvulo mediante el uso de ecografías, ello permite hacer uso del período de descanso adicional previsto en el art. 48.4 ET con anterioridad al alumbramiento, puesto que, por otra parte, la Ley no exige literalmente que el hijo o los hijos nazcan vivos²³⁹.

Ahora bien, no parece demasiado acertada dicha postura doctrinal por cuanto, teniendo en cuenta que esta prolongación del descanso obedece exclusivamente a la finalidad de conceder a la madre una ayuda adicional, dada la mayor atención que debe dispensar por cada hijo nacido, esta solución no parece de recibo si se tiene en cuenta que una gestación de varios fetos puede finalmente truncarse, sobreviviendo finalmente sólo uno o alguno de los gestados, lo que estadísticamente por desgracia suele ser frecuente. La concesión de un período mayor de descanso a una parturienta que sólo ha dado a luz un hijo por el mero hecho de que esperaba otro u otros, situaría a ésta en una clara ventaja respecto de otras madres de parto único, que procede entender injustificada. Ello permite apoyar la solución de esperar al parto para, una vez determinado el número de hijos con vida, ejercitar el derecho equivalente²⁴⁰.

Todo ello no debe hacer olvidar, tampoco, cómo aunque en un primer momento la nueva regulación del art. 48.4 ET planteaba problemas respecto de la vigencia subsidio por parto múltiple regulado en el Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (con un

²³⁹ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y adopción de hijos*, cit., pág. 56.

²⁴⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: "Suspensión del contrato por razón de maternidad", en VV.AA (GARCIA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., págs. 56-57. Así, la STSJ Madrid 1 julio 1997 (Ar. 2612) en el caso de fallecimiento antes del parto de los fetos considera que "la necesidad de descanso se ve pluralmente perturbada por la presencia de más de un hijo, lo que no sucede cuando el fruto múltiple del embarazo se ha malogrado y ninguno llega a nacer".

importe igual al que corresponde percibir durante el período obligatorio de suspensión)²⁴¹, el tema quedó zanjado por el Real Decreto Ley 1368/2000, de 19 de julio (que desarrolla el Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero)²⁴²: en virtud del art. 3 del Real Decreto Ley 1/2000 se establece en el sistema de Seguridad Social una prestación económica de pago único por parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos; su cuantía, que se hace depender del salario mínimo interprofesional, está fijada en cuatro veces el mismo cuando el número de hijos nacidos sea dos; ocho, cuando el número de hijos sea tres; y doce, si éste es igual o superior a cuatro. Tal prestación es compatible, además, con el subsidio especial de maternidad por parto múltiple reconocido en el Real Decreto 3158/1966 (cifrado --como ya consta-- en la cantidad que resulte de multiplicar el 100 por 100 de la base reguladora por cada hijo a partir del segundo durante el período de descanso obligatorio de seis semanas) a tenor del párrafo segundo del art. 11

²⁴¹ El problema con respecto al mismo radicaba en que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, por la que se añade el capítulo IV bis (sobre la maternidad) de la LGSS, omitió cualquier pronunciamiento al respecto, siendo de este modo que la norma que lo preveía (el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social y la Orden de 13 de octubre de 1967, sobre la prestación por incapacidad laboral transitoria) podía ser considerada derogada, máxime cuando la Ley 3/1989 incrementó el período de disfrute. Sobre este particular es menester traer a colación el cambio que se produjo con la STS de 11 mayo 1998 (Ar. 4325), que admitió, basándose en que la Seguridad Social no ha de ser regresiva, la vigencia del subsidio especial por parto múltiple por lo que a los padres naturales se refiere. En el mismo sentido, SSTSJ Asturias 30 abril 1999 (Ar. 1149), Castilla y León 5 noviembre 1991 (Ar. 6244), 5 octubre 1992 (Ar. 5200), 24 marzo 1995 (Ar. 924), 16 febrero 1999 (Ar. 2824) y 15 mayo 2001 (*RTSS --CEF--*, núm. 224, 2001, págs. 176 y ss.).

No obstante, las dudas seguían estando en cuál había de ser el tiempo de duración del subsidio, pues si bien la jurisprudencia no dudó en señalar el de las seis semanas posteriores al parto, amparándose en que el hecho de que la norma haya ido modificando los derechos derivados del contrato (a catorce semanas con la LRL y a dieciséis o dieciocho, dependiendo si el parto fuese o no múltiple, con la Ley 3/1989) no había de implicar, salvo manifestación expresa del legislador, la alteración del sistema de protección de Seguridad Social instaurado. LOPERA CASTILLEJO, M.J.: "La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., págs. 913 y ss. ó MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: "Subsidio especial por parto múltiple (Comentario a la STS de 11 de mayo de 1988)", *RL*, núm. 9, 1999, págs. 64 y ss.

²⁴² Y ya con anterioridad mediante el informe emitido, el 15 de marzo de 1995, por la Subdirección General de Asistencia Técnico-Jurídica de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en virtud del cual "en los supuestos de partos múltiples debe concederse un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero". FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, cit., págs. 134-135.

del Real Decreto 1368/2000²⁴³.

No obstante la claridad de la normativa anterior y por si duda hubiere, el art. 3.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar que en los casos de "parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción". A estos efectos, "tendrán la consideración de beneficiarios quienes a su vez lo sean de la prestación económica por maternidad, si bien únicamente podrá percibirse aquél por uno de los progenitores que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre; en caso de adopción o acogimiento, será decidido por libre decisión de los interesados" (art. 4.4 RD 1251/2001).

De esta manera, "se prevén dos prestaciones con idénticos sujetos beneficiarios y sujetos causantes, esto es, se da la singularidad de que una misma contingencia es protegida a través de dos prestaciones perfectamente compatibles"²⁴⁴. La razón que parece justificar tal duplicidad puede encontrarse en el hecho de que las situaciones de necesidad dignas de protección son distintas para el supuesto del "subsidio especial por parto múltiple", recogido en el art. 3.2 del Real Decreto 1251/2001, y para el supuesto de la "prestación económica familiar por parto múltiple", regulada en el art. 2 del Real Decreto Ley 1/2000. Así, para el primer caso, la situación de necesidad que el ordenamiento selecciona "es el período obligatorio que procede en caso de maternidad" y, en el

²⁴³ GARCIA ROMERO, B.: "La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social", AS, núm. 14, 2000, págs. 55 y ss.

²⁴⁴ RIVAS VALLEJO, M.P.: "La mejora de la protección familiar: el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio", TS, núm. 119, 2000, pág. 93.

segundo, "se trata de compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijos... cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple"²⁴⁵.

Asimismo, comprendida igualmente en el ámbito de las prestaciones familiares de Seguridad Social, se incorpora una nueva prestación económica de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos (art. 2.2 Real Decreto Ley 1/2000)²⁴⁶, cuya finalidad no era otra que incentivar la natalidad, pues su regulación excluía injustificadamente a los adoptados, salvo para el cómputo de hijos²⁴⁷. Tal laguna ha sido cubierta por la reforma operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, en el art. 185 LGSS, pues a partir de ahora la prestación se reconoce tanto por nacimiento como por adopción de un tercer o sucesivos hijos.

Todo ello sin olvidar las prestaciones económicas concedidas para los supuestos de parto múltiple o adopción simultánea de dos o más hijos establecidas en la Orden de 18 de diciembre de 2002, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León.

En fin --y por lo que aquí interesa--, el incremento del período de descanso por parto múltiple debe valorarse de forma positiva, salvo por el hecho de que se ha perdido la oportunidad de introducir una medida verdaderamente incentivadora del reparto de responsabilidades familiares, que hubiera podido consistir en asignar la titularidad de las semanas complementarias al padre, sin posibilidad de transferencia a la madre²⁴⁸. Ello sin olvidar, como

²⁴⁵ MARTINEZ LUCAS, J.A.: "El subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple", *TS*, núm. 23, 2001, pág. 27.

²⁴⁶ MARTINEZ LUCAS, J.A.: "Las prestaciones de protección familiar por nacimiento de hijo y por parto múltiple", *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000, págs. 19 y ss.

²⁴⁷ MARTINEZ GIRON, J.: "Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo", *TS*, núm. 123, 2001, págs. 16-17.

²⁴⁸ PEREZ DE RIO, T.: "La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y

crítica adicional, que aun cuando la nueva regulación se adecúa algo mejor que la anterior a las necesidades que a una familia se le presentan con este tipo de parto o adopción, lo cierto es que la concesión de dos semanas más por hijo es insuficiente, si tenemos en cuenta el esfuerzo y la dedicación que supone el cuidado de un nuevo hijo. Por eso mismo, podía haberse establecido un tiempo mayor de permiso no sólo en función del número de hijos que se tengan en un mismo parto, sino en función de los ya existentes²⁴⁹.

(..continuación)
profesionales: temas de debate", *TL*, núm. 52, 1999, pág. 57.

²⁴⁹ MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1165.

C) Parto frustrado

Aun cuando la norma no exige que el niño nazca vivo, razón por la cual su muerte no obsta al inicio o mantenimiento de la suspensión contractual contemplada en el art. 48.4 ET, lo cierto es que parece razonable entender que en tal caso la suspensión quedará reducida al período mínimo obligatorio de seis semanas dirigido a la recuperación física de la madre, pues, no existiendo recién nacido al que atender, pierde sentido el descanso durante el denominado "período voluntario"²⁵⁰.

Esta interpretación queda corroborada con lo dispuesto en el art. 7.2 del Real Decreto 1251/2001, en virtud del cual "en el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieren agotado...". No procederá, por tanto, el disfrute paterno del descanso, ya que el padre es partícipe solamente del período voluntario²⁵¹. En fin --y como es lógico-- esta regla será de aplicación "aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días".

²⁵⁰ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 95.

²⁵¹ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Madrid (Dykinson), 2002, pág. 103.

D) Parto prematuro

El parto frustrado conecta con otro supuesto, el parto prematuro, regulado por la disposición adicional 8ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, a partir de la cual queda colmada una laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico, pues hasta la entrada en vigor de la disposición normativa mencionada "la llegada a casa del recién nacido, tras su necesaria estancia en el hospital, podía coincidir con la reincorporación de la madre a su trabajo por haber agotado el correspondiente permiso de maternidad"²⁵².

En este caso el alumbramiento acaece de la misma manera que un embarazo a término, con similares consecuencias físicas y psíquicas. La diferencia más destacable es la delicada salud del hijo, cuyo desarrollo intrauterino no ha podido completarse y precisa, por tanto, cuidados más especiales²⁵³. Afortunadamente, el legislador ha tomado conciencia de la doble situación que se produce en un parto de un niño inmaduro: de un lado, mientras el bebé se encuentra en el centro hospitalario, la parte fundamental del cuidado recae sobre la institución sanitaria, aunque la presencia de los padres durante algunas horas al día sea fundamental para la positiva evolución del niño; de otro, cuando es dado de alta todo el cuidado recae sobre los progenitores²⁵⁴.

Bajo tales premisas, los derechos establecidos con la nueva regulación son los siguientes:

a) El padre o la madre (no los dos) tendrán derecho a

²⁵² LOPERA CASTILLEJO, M.J.: "La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiple tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., pág. 914. En la doctrina italiana, PALOMBA, A.C.: "Astensione obbligatoria in caso di parto prematuro", *Il. Dir. Lav.*, núm. 4, 2000, págs. 269 y ss.

²⁵³ NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, cit., pág. 102.

²⁵⁴ DE VICENTE PACHES, F. e IBAÑEZ GOZALBO, M.: "El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro: un supuesto lamentablemente olvidado", *TS*, núm. 123, 2001, pág. 23.

ausentarse una hora del trabajo (retribuida), y, asimismo, tendrán derecho a reducir la jornada hasta un máximo de dos horas con disminución proporcional del salario. Se supone, aunque el nuevo art. 37.4 bis) ET no lo especifica, que dicho permiso o reducción de jornada se mantendrá hasta que cese la hospitalización.

b) El período de suspensión del contrato por maternidad podrá iniciarse, a instancia de la madre, o, en su defecto, del padre, desde que se produzca el alta hospitalaria. Se excluyen del cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto de suspensión obligatoria del contrato de la madre²⁵⁵.

c) En consecuencia, tal y como el art. 7.4 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, la percepción del subsidio por maternidad "se interrumpirá, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar". A tal efecto, se tendrán en cuenta, además, las siguientes previsiones:

-- Si el descanso se ha iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad podrá comprender el período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple.

-- Si el descanso por maternidad se ha iniciado antes del parto, la interrupción afectará únicamente al período que, en su caso, reste por disfrutar tras las seis semanas de descanso obligatorio.

-- Si durante la percepción del subsidio por maternidad se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese

²⁵⁵ Pionero en incluir mejoras para las madres de niños prematuros ha sido el CC del Personal Laboral del Ayuntamiento de Madrid (BOCM, 3 agosto 2000).

de la actividad, no podrá interrumpirse dicho subsidio.

En definitiva, se trata de un derecho dotado de doble contenido y titularidad: de un lado, el período de seis semanas debe ser disfrutado exclusivamente por la madre en el momento inmediato al parto, siendo obligatorio hacerlo efectivo; de otro, las semanas restantes podrán suponer la interrupción temporal del contrato de cualquiera de los progenitores, pudiendo optar por la fecha en la que deseen hacerlo efectivo bien sea a partir del parto y consecutivamente con las semanas obligatorias o bien fraccionando su disfrute y dejando estas semanas para después del alta hospitalaria²⁵⁶.

E) Enfermedades anteriores o posteriores al parto

Como es lógico, los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del nacimiento, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso. A partir de la fecha del alumbramiento deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará --lógicamente-- el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

Bien pudiera suceder, por tanto, que, por las incidencias del embarazo o del parto, la suspensión inicial (por maternidad) debiera prolongarse; sin embargo, tal supuesto será, tal y como se encarga de precisar el art. 9.1 del Real Decreto 1251/2001, de todo punto ajeno ya al ámbito de protección del art. 45.1.d) ET y entrará de lleno en el correlativo de la letra c) de aquel precepto, es decir, de la incapacidad temporal²⁵⁷, iniciándose a partir de ese momento --y

²⁵⁶ MOGARDO PANADERO, P.: "La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., pág. 35.

²⁵⁷ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 231.

sin solución de continuidad-- el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación²⁵⁸. Así, y sin perjuicio de la posterior suspensión y prestación por incapacidad temporal, si como resultado del parto la trabajadora padeciera afectaciones que comportaran convalecencias superiores al plazo legalmente fijado, ello no comporta una ampliación del derecho aquí analizado, contra la prevención específica contemplada en el art. 5 del Convenio núm. 183 OIT (no suscrito aún por el Estado Español)²⁵⁹.

Asimismo, cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, en cuyo caso la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio por maternidad. Es más, si agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continuaran en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).

F) Aborto o interrupción irregular del embarazo

Lo mismo sucede en los supuestos de aborto o interrupción irregular del embarazo, no en vano en tales casos no existe ningún proceso generativo, ni maternidad en sentido propio --en cuanto ésta ha sido interrumpida--, eliminando *ab initio* la posible continuidad de sus efectos y su natural resultado en el parto. Sabido

²⁵⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 120.

²⁵⁹ FALGUERA BARO, M.A.: *Filiación y familia: sus efectos en el contrato de trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 31.

es que la provocación del aborto no punible, esto es, el terapéutico (o con existencia de peligro físico o psíquico para la madre), eugenésico (cuando la gravedad se traslada al feto, siendo realizable hasta en veintidós semanas) y el ético (en las doce primeras semanas y a consecuencia de delito de violación denunciado), además del que ocurra de forma espontánea, va a traer como consecuencia inmediata la necesidad de tutelar la salud de quien lo padece, pues la situación presenta por lo general un cuadro de riesgos ineludibles y de inevitable recuperación física y, en su caso, psíquica. En este sentido, siendo el único bien jurídico a tutelar el de la recuperación de quien aborta, la mayor parte de la doctrina entiende que la interpretación correcta pasa por encuadrar tales supuestos dentro de la incapacidad temporal (pues no hay recién nacido a quien cuidar ni relación familiar que establecer)²⁶⁰, aun cuando la causa que lo origina no sea exactamente la enfermedad ni el accidente²⁶¹.

Ahora bien, tal argumentación olvida que el objetivo fundamental de la protección por embarazo es la salvaguarda de la situación laboral y la carrera profesional de la trabajadora, objetivo que no se alcanza de forma eficaz con la protección que otorga la incapacidad temporal por enfermedad común²⁶², pues "el régimen jurídico de la incapacidad temporal es de contenido cualitativa y cuantitativamente inferior al que rodea a la maternidad"²⁶³, a saber: a) la beneficiaria de la protección habrá de esperar hasta el cuarto

²⁶⁰ La diferencia más sobresaliente entre el parto prematuro y el aborto reside en que en el parto prematuro el proceso generativo es completo y culmina con el alumbramiento de una criatura presumiblemente viable. Por el contrario, el aborto supone la cancelación del proceso generativo y la anulación de sus consecuencias reproductivas, sin que exista maternidad en sentido propio. NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, P.: *La licencia por maternidad de la trabajadora*, cit., pág. 104.

²⁶¹ Por todos, FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la discriminación por razón de sexo*, cit., pág. 128.

²⁶² MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y a la protección frente al despido", cit., pág. 1167. Sobre esta misma idea, por extenso, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (Edresa), 1983, pág. 53.

²⁶³ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., págs. 286 y ss.

día de la baja médica para beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social, quedando desamparada durante los tres primeros días, los cuales, según su estado de salud y el tiempo de la recuperación clínica, pueden constituir el ciclo completo de restablecimiento o, lo que es lo mismo, de duración de la alteración de la salud; b) la prestación, una vez nacida tras el período de espera, y teniendo en cuenta que la curación o eliminación de las posibles secuelas del aborto raramente se prolongarán más allá del vigésimo día de la baja, correrá íntegramente a cargo del empresario, que habrá de abonarla en pago directo, lo cual no facilita en medida alguna la promoción profesional de la mujer; c) la cuantía de la prestación es, desde la Ley 42/1994, inferior a la correspondiente a la contingencia de maternidad: el 60-75 por 100 de la base reguladora por contingencias comunes, frente al 100 por 100 por maternidad²⁶⁴.

La laguna existente en nuestro ordenamiento en este punto contrasta, además, con la preocupación puesta de manifiesto por los organismos internacionales y, en concreto, por la OIT, quien en su Recomendación núm. 95, sobre la protección de la maternidad, señala la conveniencia de que "los organismos de control estuvieran autorizados para prescribir en casos individuales... una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal... y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio"²⁶⁵. De todas formas, tampoco sería necesario, para lograr el fin último de proteger la situación laboral y la carrera profesional de la madre trabajadora, que el legislador extendiera al supuesto de aborto la protección por maternidad, bastaría que se regulara de manera

²⁶⁴ GARRIGUES GIMENEZ, A.: "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de las dos contingencias", en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, págs. 278 y ss.

²⁶⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: "La suspensión del contrato por razón de maternidad", en VV.AA. (GARCIA MURCIA, J., Coord.): *Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, cit., pág. 43.

similar a como se ha hecho con el supuesto de riesgo durante el embarazo --situación nueva creada por la Ley 39/1999--, pues "el fenómeno del aborto está íntimamente ligado a la maternidad y además sólo lo sufren las mujeres"²⁶⁶.

G) Disfrute de vacaciones

La articulación entre el permiso por maternidad y el disfrute de las vacaciones tracionalmente ha suscitado dos tipos de problemas, el relativo al cómputo del período de suspensión a efectos del devengo del derecho a las vacaciones y el referido a la distribución del riesgo derivado de la coincidencia de estos dos períodos, el suspensivo por razones de nacimiento de un hijo y el de interrupción de la prestación durante el tiempo de descanso anual²⁶⁷.

En relación con la primera cuestión, hay que tomar como regla de partida que el trabajador, para causar derecho a las vacaciones, ha de haber prestado servicios durante un año completo, pues se trata de un derecho de devengo periódico que --como parece desprenderse del art. 38.1 ET referido a las vacaciones anuales-- conlleva o presupone la prestación de trabajo efectivo durante todo ese período. Ello hace surgir la duda de si ciertas ausencias se computan a los efectos de dicho devengo. Más concretamente, y por lo que ahora interesa, las debidas a suspensión por maternidad. La solución a este problema no se contiene en la norma estatal interna, pero sí se encuentra en una norma internacional de frecuente invocación para resolver dudas interpretativas a propósito del régimen jurídico de las vacaciones, el Convenio número 132 de la OIT, en cuyo art. 5.4 se dispone que "las ausencias del trabajo por motivos independientes de la

²⁶⁶ MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1167.

²⁶⁷ MARTINEZ MORENO, C.: "Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad", AS, núm. 3, 2004, págs. 9 y ss.

voluntad de la persona interesada, como la enfermedad, accidente o maternidad, serán contadas como parte del período de servicios".

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, al eventual solapamiento del momento de disfrute de ambos derechos y las consecuencias que de ello habrían de derivarse para el trabajador o trabajadora afectados, hay que tener en cuenta que la fijación del período de disfrute de las vacaciones anuales se remite en el art. 38.2 ET al acuerdo individual entre trabajador y empresario, pero de conformidad con lo establecido, en su caso, en convenio --o acuerdo de empresa-- sobre planificación anual de las vacaciones. Dicho de otro modo, y en contra de lo que pudiera en una primera lectura deducirse del precepto de referencia, las partes habrán de tener en cuenta y someterse --a la hora de fijar las fechas concretas del período vacacional-- a lo que se haya podido establecer con carácter general, en convenio o pacto singular de carácter colectivo, en torno a las vacaciones del resto de la plantilla. Este criterio de articulación normativa o, por mejor decir, de ordenación de las fuentes de la relación de trabajo en el que el interés individual cede ante el de carácter colectivo, es el que, al menos en una primera aproximación, explica de modo más convincente la solución que la jurisprudencia venía otorgando al problema de la coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y la baja por maternidad, consistente en hacer recaer los efectos de tal eventualidad sobre el propio trabajador o trabajadora afectados. Ello, sin perjuicio, claro está, de que pudieran arbitrarse otras soluciones mediante acuerdo, colectivo o individual, que mejorasen esta pauta en beneficio del trabajador²⁶⁸.

²⁶⁸ Según esta doctrina judicial, la trabajadora no tiene derecho a solicitar el disfrute de sus vacaciones en época distinta, pues "no se puede disponer de un nuevo período de vacaciones disfrutado por ella de forma aislada y exclusiva, con independencia del que se señaló con carácter común para toda la empresa" [STS 30 de noviembre 1995 (Ar. 8771). En el mismo sentido, STS 27 junio 1996 (Ar. 5389)]. *A sensu contrario*, parece que en caso de vacaciones no pactadas con carácter previo a la coincidencia entre el permiso por maternidad y las vacaciones, la trabajadora tendrá derecho a disfrutarlas en período distinto. En todo caso, nada impediría --lógicamente-- que en convenio colectivo pudiera ser incluido un pacto en virtud del cual, y para el supuesto de superposición temporal entre el permiso por maternidad y las vacaciones, éstas se disfruten en un período distinto. BALLESTER PASTOR, M.A. y PONS CARMENA, M.: "Maternidad y responsabilidades familiares", en VV.AA. (PEREZ DEL RIO, T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1995,

Tal interpretación judicial, sin embargo, habrá de ser objeto de revisión a la luz de un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual se afirma rotundamente la posibilidad de que el trabajador disfrute de sus vacaciones en momento distinto al del permiso por maternidad, incluso cuando exista un acuerdo colectivo para la fijación de las vacaciones anuales para toda la plantilla²⁶⁹.

3.1.2.- Titularidad del derecho

Con el fin último de asegurar el cuidado de la descendencia²⁷⁰, el legislador va a permitir, bajo determinadas circunstancias, que sea el padre --y no la madre-- quien disfrute de los beneficios legalmente previstos. La Ley 39/1999 procede en consecuencia (mejorando el límite de las cuatro semanas últimas establecido por la Ley 3/1989, de 3 de marzo²⁷¹) e introduce un nuevo segundo párrafo al art. 48.4 ET, para establecer que, no obstante lo anterior, para el caso de que padre y madre trabajen, el padre [trabaje o no para el mismo empresario que la madre]²⁷², a

(..continuación)

pág. 171. En sentido contrario, STSJ Baleares 29 abril 1991 (Ar. 2826) y STCT 10 octubre 1988 (Ar. 6149).

²⁶⁹ STJCE 342/01, de 18 de marzo de 2004, asunto *M^a Paz Merino Gómez frente a Continental Industrias del Caucho, S.A.*

²⁷⁰ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., págs. 5827-5828.

²⁷¹ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscurios", *RL*, núm. 9, 1989, págs. 103 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora", *RL*, 1989, Tomo II, págs. 86 y ss. o GONZALEZ VELASCO, J.: "La excedencia para atender el cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de marzo", *AL*, 1989, Tomo II, págs. 255 y ss.

²⁷² No obstante lo cual, el TJCE entiende no discriminatoria una legislación en la cual la concesión de una baja para el cuidado de hijos es reconocida en exclusiva a la madre, y no alternativamente en favor de ambos padres, aun cuando ambos lleguen a un acuerdo. SSTJCE 184/83, de 12 de julio de 1984, asunto *Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse* y 312/86, de 25 de octubre de 1988, asunto *Comisión contra Francia*, donde establece literalmente que "la protección de la mujer en lo que concierne a la maternidad tiene por fin asegurar la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo (...) evitando que estas relaciones sean perturbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional".

opción de la madre hecha con anterioridad al inicio del período de descanso, podrá disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del período total de suspensión posterior al parto, sin perjuicio de las seis semanas de reposo puerperal obligatorio, cuyo disfrute, irrenunciable, siempre corresponde a la madre²⁷³.

A tal efecto y habida cuenta la escasez de supuestos en los que se hace uso de esta posibilidad, la Orden de 9 de diciembre de 2003, de la Consejería de Familia de la Junta de Castilla y León establece una serie de ayudas dirigidas a fomentar el disfrute paterno de la suspensión del contrato de trabajo por parto, adopción o acogimiento.

A) El ejercicio del derecho de opción en favor del disfrute paterno

Esta exigencia de que ambos trabajen da sobradas muestras del modelo de familia que se está realmente promocionando, pues si la mujer no trabaja tiene que cuidar irremediamente al niño sin que la Ley facilite una corresponsabilidad, ignorando supuestos en los que la madre o el padre están atendiendo a su formación y, por tanto, se crean situaciones que se deberán resolver en la esfera privada y no por el legislador directamente²⁷⁴. Al tiempo, tampoco se tiene en cuenta el enorme problema que se plantea en aquellos casos en los cuales la madre no es trabajadora en sentido estricto y no esta incluida en algún régimen de protección de la Seguridad Social (en paradigmático ejemplo, registradora de la propiedad o abogada --afiliada a la Mutualidad correspondiente--), pues "al no ser titular de los derechos reconocidos en el ET, no puede hacer la cesión consiguiente a su cónyuge"²⁷⁵.

²⁷³ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 107.

²⁷⁴ LOPEZ LOPEZ, J.: "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad", cit., pág. 67.

²⁷⁵ STS 28 diciembre 2000 (Ar. 2001, 1882). Una severa crítica a esta resolución en CUENCA

Por tales razones, no puede extrañar que algún sector de la doctrina, con acierto, haya manifestado cómo el reconocimiento de la protección por maternidad en favor del padre debería realizarse siempre, previa opción de la madre, y ello con independencia de que la misma sea o no trabajadora o beneficiaria de la protección, ya que, aunque a efectos del descanso, será necesaria la actividad laboral por cuenta ajena de la madre, tal como se recoge en el art. 48.4 ET, a efectos de la protección, el contenido de la adicional undécima bis de la LGSS posibilitaría su reconocimiento²⁷⁶.

En la medida en que "hay un sujeto en situación preferente, que es la madre y otro en una situación absolutamente secundaria, que es el padre"²⁷⁷, el permiso por paternidad se sigue configurando como una renuncia o cesión que la madre hace en favor del padre²⁷⁸, a fin de que éste pueda disfrutar parte o la integridad del período de descanso voluntario posterior al alumbramiento (en el supuesto habitual de parto simple, hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad) y de la prestación correspondiente siempre que reúna los requisitos para acceder a dicha prestación de paternidad²⁷⁹ (art. ..continuación)

ALARCON, M.: "El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcional", *RL*, núm. 8, 2001, págs. 73 y ss.

²⁷⁶ MARTINEZ LLANOS, N.: "Maternidad biológica y adoptiva en la Seguridad Social: opciones, descansos y prestaciones", *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 5, 2001, pág. 31.

²⁷⁷ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", *cit.*, pág. 549.

²⁷⁸ No se comprende muy bien por qué la STSJ Castilla La Mancha 19 octubre 1998 (Ar. 3966) considera que el convenio colectivo aplicable en la empresa de la madre es el que regula la duración del descanso por maternidad en los casos de transferencia al padre. Como con acierto se ha dicho, "el que la madre trabajadora sea la titular del derecho al descanso no supone que, en caso de transferencia al padre trabajador de parte de ese descanso, su duración esté condicionada por la normativa (legal o convencional) aplicable a la madre sino por la aplicable al padre al que se ha efectuado la transferencia oportuna. ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pág. 80.

²⁷⁹ RAMOS MORCILLO, M.J.: "La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de su contenido socio-laboral", *RTL*, núm. 86, 2000, pág. 690.

4 RD 1251/2001).

Lógico es, de un lado, que se permita a la madre revocar la opción ejercitada al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, a fin de que éste disfrute de parte del permiso y, por consiguiente, perciba una parte determinada e ininterrumpida del subsidio, cuando sobrevinieren "hechos que hicieran inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación y otras causas análogas" (art. 8 RD 1251/2001). De otro, que se posibilite a la madre acceder a la condición de beneficiaria del subsidio, aunque se hubiera reincorporado al trabajo, en aquellos supuestos en que hubiera optado porque el padre disfrutara de una parte del período de descanso por maternidad y éste hubiera fallecido, una vez iniciado el efectivo disfrute y antes de haberlo completado (art. 7.2 *in fine* RD 1251/2001)²⁸⁰.

B) Fallecimiento de la madre

El ejercicio del derecho de opción a favor del padre plantea especiales problemas en aquellos casos en los que el estado físico de la madre impide el cuidado del hijo y, a su vez, cualquier decisión relativa a la delegación de sus facultades en el padre. Piénsese en aquellos casos en los que a consecuencia del parto la madre queda en situación de inconsciencia (por ejemplo, en situación de coma) que se prolonga durante un período incierto de tiempo. La imposibilidad de prever este tipo de situaciones y la imperiosa necesidad de asistencia hacia el recién nacido por parte del padre exigen un entendimiento más flexible de la normativa vigente, bien en términos que permitan una más amplia comprensión del derecho de opción definido legalmente, bien, incluso, desde la equiparación de esta situación con el régimen de fallecimiento de la

²⁸⁰ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", cit., pág. 91.

madre²⁸¹, en cuyo caso el padre puede disfrutar de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión y del correspondiente subsidio (art. 7.2 RD 1251/2001).

Así --permítase la reiteración--, se posibilita al padre hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, en caso de fallecimiento de la madre (sin exigirse, al menos expresamente, que el fallecimiento se deba a complicaciones surgidas durante el parto o puerperio), y no sólo, como señalaba la regulación anterior, del período restante de las seis semanas obligatorias tras el parto, regulación que resultaba altamente incomprensible, ya que si, como era evidente, el objetivo del período de suspensión, a partir de la sexta y hasta la decimosexta semana, era el cuidado del hijo, dicha finalidad se frustraba con esa regulación²⁸².

Es más --y como novedad--, en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en momento postrior, con independencia de que la misma se encontrara o no incluida en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos exigidos por la normativa²⁸³.

Queda aclarada, por tanto, la cuestión del acceso al permiso y a la prestación por maternidad, en los supuestos de maternidad biológica o natural, por parte del padre trabajador, en caso de fallecimiento, concomitante al parto o puerperal, de la madre,

²⁸¹ MERCADER UGUINA, J.R.: "La suspensión del contrato por razón de maternidad", cit., págs. 49-50.

²⁸² PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 35.

²⁸³ Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 21 de abril de 2004.

acceso que se había evidenciado especialmente conflictivo cuando la fallecida careciera, precisamente, de la condición de trabajadora que le hubiera permitido a ella disfrutar (*ex arts. 48.4 ET y 133.bis LGSS*) de los correspondientes permisos y prestación económica²⁸⁴.

Con todo, el descanso del padre no es obligatorio --el término "podrá" no deja lugar a dudas--, ni siquiera cuando el fallecimiento de la madre se haya producido en el momento del parto. Ello es cuestionable, habida cuenta un niño de pocos días reclama altas dosis de vigilancia y atención, impensable sin la "obligatoria" y continuada presencia de al menos uno de los progenitores. Sin duda, perjuicios tales como el de la supuesta falta de capacidad del varón para atender las necesidades del recién nacido, unido a la creencia de la mayor aptitud de las abuelas para dispensar tales cuidados, inspiran una regulación de esta naturaleza²⁸⁵.

Además, el régimen jurídico actual sigue siendo incompleto, ya que se echa en falta el tratamiento de las otras situaciones más frecuentes en la actualidad que el fallecimiento de la madre, como es el fallecimiento del hijo en el parto o inmediatamente después, pues aunque las tasas de mortalidad infantil han disminuido de forma notable, se mantiene en cotas superiores a las de fallecimiento de la madre, debido al incremento de partos prematuros y de embarazos múltiples provocados por las técnicas de reproducción asistida. La solución pasaría también en este caso, lógicamente, porque la norma garantizara de forma expresa el derecho al disfrute por el padre de, al menos, las seis semanas obligatorias post parto si la madre también hubiera fallecido²⁸⁶.

²⁸⁴ GARRIGUES JIMENEZ, A.: "Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto de fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquella", *TS*, núm. 162, 2004, pág. 80.

²⁸⁵ GARCIA ROMERO, B. y LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, cit., pág. 54.

²⁸⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 55. Por si duda hubiere de la trascendencia del descanso postparto, "la muerte de hijo o hijos nacidos no priva del derecho al descanso". ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El*

Por todas estas razones, deviene necesario reconocer un permiso de paternidad, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y remunerado, pues con ello se lograría una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres trabajadores, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos²⁸⁷.

3.1.3.- Modalidades de ejercicio de la suspensión. En especial, el disfrute a tiempo parcial

Con el fin de adaptar el período de suspensión a las concretas necesidades de cada trabajador, esa posible distribución del descanso entre los dos miembros de la pareja puede seguir distintas modalidades:

Por un lado, con el objetivo último de que el padre pueda acceder al cuidado del hijo desde el momento mismo del nacimiento, el permiso parental puede disfrutarse de forma simultánea con el descanso materno, incluso desde el primer día del alumbramiento, o de forma sucesiva, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud, supuesto en el cual --y como es lógico-- no puede disfrutar el padre de aquel período²⁸⁸.

Por otro --y si se trata de un trabajador por cuenta ajena o funcionario público--, esos períodos de descanso pueden disfrutarse a "jornada completa o a tiempo parcial", lo cual abre la posibilidad (ya prevista en otros ordenamientos jurídicos como Francia, Países

(..continuación)

Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia, cit., pág. 230.

²⁸⁷ MORENO GONZALEZ-ALLER, I.: "Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre", *AL*, núm. 38, 2003, pág. 666.

²⁸⁸ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia, cit.,* pág. 230.

Bajos o Suecia)²⁸⁹ de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada (pasando el trabajador a un régimen de tiempo parcial), y de que madre y padre se alternen durante el mismo período, y a media jornada, en los cuidados correspondientes²⁹⁰.

Bajo tales premisas y de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto 1251/2001, el disfrute a tiempo parcial del permiso por maternidad se ajustará a las siguientes reglas²⁹¹:

a) El derecho no se concede a los trabajadores con carácter absoluto, sino que en todo caso es imprescindible el acuerdo previo con el empresario²⁹², de forma que las discrepancias serán resueltas --aunque el precepto no lo dice-- por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial, preferente y sumario que finalizará con sentencia firme (art. 138 bis LPL). De ello cabe inferir --obviamente-- que al empleador le cabe la posibilidad de rechazar los términos en que el trabajador/a pretenda poner el disfrute del permiso en práctica bajo el mero pretexto de alegar perturbaciones en la organización productiva.

b) Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, si bien --y como es

²⁸⁹ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 52.

²⁹⁰ GARCIA MURCIA, J.: "Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 30.

²⁹¹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", cit., págs. 93 y ss.

²⁹² El acuerdo puede celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior extendiéndose a todo el período de descanso o a parte del mismo. FERNANDEZ ORRICO, F.J.: "El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores", *RL*, núm. 7, 2004, pág. 41.

lógico-- en el caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas inmediatas al mismo, pues serán de descanso obligatorio.

c) El período durante el cual se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.

d) El disfrute del permiso bajo esta modalidad será ininterrumpido, de forma que una vez acordado con el empresario sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el titular de la organización empresarial y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud y la del menor.

e) Durante el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

f) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.

g) El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del art. 37 ET (lactancia y nacimiento de hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado) y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo precepto. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el apartado 3 del art. 46 del mismo texto legal.

h) En fin, la base de cotización vendrá determinada por los

dos sumandos siguientes: de un lado, la base reguladora del subsidio por maternidad, reducida en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral; de otro, las remuneraciones sujetas a cotización, en proporción a la jornada efectivamente realizada.

En definitiva, esta posibilidad de elegir entre jornada completa o a tiempo parcial puede ser adoptada tanto en caso de disfrute exclusivo de la madre como compartido con el padre. Más aún, es perfectamente posible que pueda optarse por un disfrute mixto, de manera que un cierto período sea a tiempo completo y otra parte a tiempo parcial. También parece posible que la madre y el padre opten por una modalidad diferente en caso de disfrute conjunto, la primera a jornada completa y el segundo a tiempo parcial o viceversa. Así, en virtud de la conjunción de las diferentes modalidades previstas en el ordenamiento jurídico, podrían adoptarse las siguientes posibilidades: a) disfrute sólo materno, bien a jornada completa, bien a tiempo parcial o bien mixto; b) disfrute conjunto de ambos progenitores bien a jornada completa bien a jornada parcial; c) disfrute conjunto de ambos progenitores, pero uno de ellos a jornada completa y el otro a tiempo parcial; d) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando cada uno de ellos por un disfrute mixto (parte a tiempo parcial y parte a jornada completa); e) disfrute conjunto de ambos progenitores, optando uno de ellos por una modalidad (jornada completa o a tiempo parcial) y el otro por un disfrute mixto. Todo ello sin olvidar, en último extremo, el hecho de que el disfrute conjunto puede ser sucesivo o simultáneo²⁹³.

Con todo, este conjunto de posibilidades no soluciona de forma satisfactoria el grave problema que se plantea cuando el estado de salud de la madre le impide hacerse cargo del cuidado del hijo²⁹⁴, máxime cuando la solución alternativa, la concurrencia

²⁹³ GORELLI HERNANDEZ, J. y MARIN ALONSO, I.: *Familia y trabajo. El régimen de su armonización*, cit., págs. 95-96.

²⁹⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral

de la situación de suspensión materna con la de excedencia paterna, tampoco resulta suficiente, ya que la excedencia no es remunerada y su disfrute supondría una disminución notable de los ingresos de la familia en un momento en que los gastos incrementan²⁹⁵.

El mantenimiento tras la reforma, en la que no incide el Real Decreto 1251/2001, de una situación normativa tan deplorable indica a las claras, de un lado, que pese al título de la norma, el cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusivamente femenina, que la obliga a asumir situaciones casi heroicas, no sólo a costa de sus condiciones laborales sino incluso de su propia salud; de otro lado, que se aplican a la situación de maternidad, tan claramente objetivizada como difícilmente fraudulenta y necesitada actualmente de promoción, los mismos presupuestos de presunción de fraude que se predicen de prestaciones que atienden a situaciones bien diferentes²⁹⁶. Como con acierto se ha dicho, "late en la redacción de la norma la desconfianza de que la excusa de la maternidad sirva para que bajo la forma de incapacidad temporal materna y prestación de maternidad paterna se duplique la prestación de Seguridad Social por un mismo hecho causante. Olvida, sin embargo, el legislador que ni se trata del mismo hecho causante (uno de ellos es la maternidad, el otro, la enfermedad materna), ni resultan sociológicamente convenientes, en vista del tradicional apartamiento paterno de las responsabilidades domésticas y familiares, garantías tan férreas ante situaciones tan extremas"²⁹⁷.

(..continuación)
de las personas trabajadoras (II)", *RL*, núm. 18, 1999, pág. 4.

²⁹⁵ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate", cit., pág. 56.

²⁹⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25. Afortunadamente la STJCE 411/96, de 27 de octubre de 1998, asunto *Boyle*, ha considerado contraria al Derecho Comunitario una cláusula contractual que impide a una mujer británica acogerse a una situación de incapacidad temporal por enfermedad durante el permiso de maternidad, salvo que opte por reintegrarse al trabajo y terminar definitivamente el descanso por maternidad.

²⁹⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 25.

Por su parte, la posibilidad de disfrute de la suspensión a tiempo parcial tiene sin duda un carácter positivo tanto desde la óptica de la profesionalidad de la madre, como del reparto de responsabilidades familiares, pero, inexplicablemente, se condiciona al acuerdo individual con el empresario, lo cual, de un lado, no sucede --al menos formalmente-- con otros derechos de conciliación reconocidos en la Ley²⁹⁸ y, de otro, obliga a presumir que el desacuerdo determina el mantenimiento del sistema tradicional de la interrupción total de la actividad profesional²⁹⁹.

3.1.4.- Deficiencias en materia de protección social

La protección de la maternidad, como contingencia específica y separada de la situación de enfermedad, es una cuestión reciente de nuestro ordenamiento, pues fue abordada hace menos de una década³⁰⁰, mediante la configuración de una nueva rama de cobertura social --la de maternidad-- diferenciada de otra contingencia con la que se venía confundiendo como era entonces la incapacidad laboral transitoria³⁰¹. Así, "si hablar de riesgo en Seguridad Social supone la potencialidad de sufrir algún daño, derivado del trabajo que se presta o no, nos encontramos con una clara distinción entre la enfermedad, motivadora junto al resto de los riesgos de la 'asistencia y prestaciones sociales', y la maternidad, entre otras razones por la mayor previsibilidad que para esta última

²⁹⁸ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales: temas de debate", cit., pág. 56.

²⁹⁹ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *RMTAS*, núm. extraordinario, 2000, pág. 83.

³⁰⁰ GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2002, pág. 12. Con anterioridad, PEREZ DE RIO, T.: "El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo", *RT*, núm. 71, 1983, págs. 22 y ss.

³⁰¹ PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad", *RTSS (CEF)*, núm. 1, 2002, pág. 5.

se presenta³⁰².

Bajo esta perspectiva, y sin perjuicio de la íntima relación existente entre la maternidad y la incapacidad temporal desde el punto de vista instrumental, es necesario recordar que a partir de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se regula la maternidad de forma independiente a la incapacidad temporal, dando con ello un primer paso en la consideración de estar ante una contingencia desde la que se protegen intereses varios (a satisfacer no sólo por la madre) y un definitivo paso en cuanto a la elevación del porcentaje del subsidio (del 75 al 100 por 100 de la base reguladora)³⁰³. Además, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, da cobertura a la sucesión maternidad-desempleo de forma diferenciada a la anterior en relación con la incapacidad temporal, reforzando la separación formal entre incapacidad temporal y maternidad como contingencias protegidas³⁰⁴. Por último, uno de los principales objetivos perseguidos por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, es precisamente, tal y como reza su exposición de motivos, "separar definitivamente, en el nivel reglamentario, la maternidad del subsidio por incapacidad temporal en aquellos aspectos en que ambos mantenían una regulación común"³⁰⁵.

³⁰² NEVADO FERNANDEZ, M.J.: "El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y Seguridad Social)" (I), *REDT*, núm. 105, 2001, pág. 381.

³⁰³ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit. págs. 105 y ss.; SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal", en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1998, pág. 435; CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", cit., pág. 57 ó VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 79.

³⁰⁴ GARRIDO PEREZ, E., en VV.AA (ALARCON CARACUEL, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 1449.

³⁰⁵ Ya manifestaba la necesidad de una regulación reglamentaria en este sentido, MARTINEZ MORENO, C.: "Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: algunas cuestiones pendientes", *AS*, núm. 17, 2001, pág. 44.

Con todo, pese a esta aparente separación, lo cierto es que los requisitos exigidos para acceder a ambos tipos de prestaciones (incapacidad temporal y maternidad) son coincidentes³⁰⁶, a saber:

a) Estar en alta o situación asimilada en cualquier régimen de la Seguridad Social (art. 133 ter LGSS).

b) Acreditar un período de cotización de 180 días dentro de los últimos cinco años anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo (art. 133 ter LGSS).

Puede afirmarse, así y a las claras, que las sucesivas reformas de la prestación de maternidad no han ido dirigidas a la objetivización de sus características para desvincularla absolutamente de los requisitos de cotización y alta o situación asimilada y para liberarla de injustificadas garantías frente al fraude. Antes al contrario, la desvinculación de la prestación de incapacidad temporal (apuntada con anterioridad por normas internacionales y comunitarias)³⁰⁷, que se produjo con la Ley 42/1994³⁰⁸ (y se confirma con la Ley 24/2001 y con el Real Decreto

³⁰⁶ Por extenso, sobre la maternidad y las prestaciones de Seguridad Social, FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., págs. 111 y ss.

³⁰⁷ Un extenso estudio sobre esta normativa en CORTE HEREDERO, N.: "Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social", *RMTAS*, núm. 9, 1998, pág. 94.

³⁰⁸ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: "La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal", en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, págs. 440 y ss. La reforma en este punto puede ser valorada como totalmente positiva, al menos por cuanto deja de asimilar la maternidad --en sus dos concepciones: la biológica, para hacer referencia a las diferencias típicas y específicas de la mujer durante el embarazo y el alumbramiento; y la sociológica, en alusión al papel preponderante atribuido a la mujer en la crianza y en la educación de sus hijos-- a la enfermedad y le otorga una regulación propia, vinculada a la necesidad de descanso de la mujer y en beneficio del recién nacido. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., págs. 111-112.

Como de forma magistral ha dado a entender el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la situación de embarazo es portadora de derechos en y por sí misma, y no sobre la base de comparaciones artificiales con enfermedades o motivos de incapacidad comunes a ambos sexos, ni siquiera admisibles entre individuos del mismo sexo. STJCE 179/1988, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Handels-og Lontorfunktionaerernes forbund*.

1251/2001), tuvo como sentido fundamental una corrección meramente formal motivada por el hecho de que no necesariamente existía carencia de salud cuando se aplicaba la prestación de maternidad, lo que resultaba evidente tanto por la posibilidad de que el padre disfrutara del permiso, como por su aplicación a los supuestos de adopción. Todo ello ponía de manifiesto que el bien protegido con la prestación no se limitaba exclusivamente a la salud, sino que abarcaba también la especial relación entre recién nacido y madre o padre. Es más, la diferenciación prestacional operada con la Ley 42/1994, con la excepción del incremento de la cuantía de la prestación (del 75 por 100 al 100 por 100 de la base reguladora)³⁰⁹, no supuso sino alteraciones limitadas al ámbito de la gestión, cuyo sentido estaba inspirado en la necesidad de otorgar un trato igual al supuesto de percepción materna o paterna; puesto que en los casos de percepción por el padre no se producía la colaboración de las empresas en la gestión, sino el pago directo por parte del INSS, la reforma de 1994 fue aprovechada únicamente para unificar los requisitos de gestión de la prestación y eliminar la colaboración empresarial por medio del pago delegado también en el supuesto de percepción materna³¹⁰. A cambio, la trabajadora embarazada que por medio del sistema de pago delegado tenía asegurado el mantenimiento continuado de su renta salarial en el momento que pasaba a la prestación de maternidad, se encuentra

³⁰⁹ Este incremento merece una valoración harto positiva, dadas las constantes y casi unánimes invocaciones en defensa de una función social de la maternidad, pretensión obviamente incompatible con la exigencia de un sacrificio económico para la mujer por el hecho de ser madre y cumplir un papel reconocido de interés para la comunidad. CHACARTEGUI JAVEGA, C.: "La exclusión de la maternidad de la contingencia de incapacidad temporal", en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, cit., pág. 201.

El considerable aumento en la prestación parece pretender incentivar la mentada función social, relacionada con objetivos demográficos, así como ayudar al mantenimiento de la mujer en el mal llamado mercado de trabajo; fines éstos apoyados en el establecimiento de un subsidio de cuantía similar al salario habitual, constituido en una "especie de salario maternal", que, por otra parte, fue un objetivo ya pretendido por la Directiva 92/85, y, al tiempo, habida cuenta de que más de dos tercios de los convenios colectivos contemplaban en este supuesto prestaciones complementarias a las de la Seguridad Social, no sólo supone una mejora para la perceptora, sino también para los empresarios, quienes descargan en la sociedad el peso de las mejoras pactadas o voluntariamente concedidas. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 130.

³¹⁰ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Madrid (MTAS), 1999, pág. 199.

actualmente con un vacío temporal de ingresos motivado por los requerimientos temporales para el reconocimiento de la prestación de maternidad por parte del INSS³¹¹.

A) El requisito de cotización y alta

El diseño legal de los requisitos legales de cotización y estar en alta o situación asimilada, mantenidos sin modificación por las sucesivas reformas de la prestación por maternidad, sigue planteando problemas de difícil solución. Así, y respecto al período de carencia, no hay que olvidar que como la suspensión contractual por maternidad opera independientemente del derecho a la prestación, puede darse el caso de que la trabajadora cuyo contrato está en suspenso por parto no perciba subsidio alguno, por no reunir el período de cotización legalmente exigido³¹². Tratándose del período de descanso voluntario, es opcional para la trabajadora tomarse o no el permiso, a sabiendas de que su merma de salarios no se verá compensada con cargo a la Seguridad Social; menos razonable y justa se presenta tal situación durante el período de descanso obligatorio, configurado como una medida de salud laboral de insoslayable cumplimiento. Por tal razón, el art. 133 ter LGSS tendría que modificarse en el sentido de no exigir a la trabajadora carencia alguna para tener derecho a la prestación por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto³¹³, máxime cuando la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la salud y de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, tampoco condiciona el beneficio de la prestación al mencionado

³¹¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., págs. 26-27.

³¹² Por extenso, FERNANDEZ URRUTIA, A.: *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999, págs. 19 y ss.

³¹³ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 108.

requisito de cotización previa³¹⁴.

Es más --y por lo que aquí interesa--, sin duda la desconfianza frente a la utilización fraudulenta de la prestación por maternidad se ha mantenido (pese a la desaparición por medio de la Ley 3/1989 de su manifestación más evidente: la exigencia de un tiempo de afiliación mínimo anterior al parto de nueve meses, en el entendimiento de que el fomento de la natalidad debe primar frente a la tentación de un comprotamiento fraudulento en quien, conociendo su embarazo, se afilie y dé de alta inmediatamente con el solo fin de acceder irregularmente a una prestación como la analizada) y ha llegado a su extremo más injustificado en el momento en que en el ordenamiento español se sigue exigiendo para acceder a la prestación por maternidad "estar en alta o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida". Y ello porque únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta para los trabajadores del régimen general de la Seguridad Social el desempleo total por el que se reciba prestación de nivel contributivo, el mes siguiente al cese en el cargo público o sindical que dieron lugar a la situación de excedencia forzosa y el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional (art. 5 del Real Decreto 1521/2001). Ciertamente es, no obstante, que la jurisprudencia ha admitido también otras situaciones asimiladas al alta, pero se limitan a los períodos de suspensión de empleo y sueldo de la trabajadora o trabajador³¹⁵ y a la situación de maternidad seguida tras un proceso de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo³¹⁶.

³¹⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Seguridad Social, maternidad y familia", AS, 1999, T. V, pág. 10.

³¹⁵ STS 30 mayo 2000 (Ar. 8192).

³¹⁶ SSTS 20 enero 1995 (Ar. 393), 8 febrero y 10 mayo 1996 (Ar. 861 y 4389) o 19 febrero 1997 (Ar. 1449) y SSTSJ Cataluña 8 y 12 julio 1994 (Ar. 3034 y 3047).

En este sentido, "la exigencia legal del alta o situación asimilada al alta no debe ser pedida con rigor formalista en todos los casos, sino que ha de interpretarse y valorarse en un sentido humano e individualizador acorde con la realidad y circunstancias de cada supuesto concreto, teniendo en cuenta el carácter tuitivo de la legislación social que se inspira en directrices de protección del trabajador en aquellas situaciones de infortunio por las que atraviesa". STSJ Andalucía/Málaga 13 enero 1994 (Ar. 301). Por extenso, FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad*

B) Dificultades de articulación entre la prestación por maternidad y la situación de desempleo

Los principales problemas que plantea la exigencia de estar en alta o situación asimilada derivan de la inestabilidad en el empleo que afecta al colectivo que por ventura se beneficia en más ocasiones de la protección por maternidad, esto es, las mujeres, no en vano éstas "han conocido tradicionalmente los problemas de la discontinuidad de sus trayectorias profesionales, pues en muchos casos las trabajadoras se ven afectadas por causas específicas de despido, relacionadas con su embarazo y maternidad encubiertas por otros motivos"³¹⁷. Y, así, procede hacer referencia a los problemas que plantea la extinción de la relación laboral, normalmente porque el contrato temporal llega a su fin, estando la trabajadora disfrutando de la prestación por maternidad o, más aún, cuando dicha extinción se produce "mientras la trabajadora se encuentra de baja por incapacidad temporal, pasando a continuación a la situación de baja por maternidad"³¹⁸, sin olvidar las dificultades de conexión entre el desempleo y la maternidad.

a) El acceso a la prestación por maternidad desde la situación de desempleo

El art. 5 del Real Decreto 1251/2001 recoge, entre las

(..continuación)

Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo, cit., pág. 124.

Aplicando analógicamente esta doctrina se ha estimado que "esta misma finalidad protectora cabe aplicarla cuando la trabajadora estuviera afiliada al RETA, al disponer la normativa que su reconocimiento seguirá la normativa del Régimen General, en que se considera que la trabajadora está en situación asimilada al alta, en el momento de ser alta en situación de incapacidad temporal, aunque tuviese extinguido su contrato de trabajo, pues tampoco puede trabajar en la situación de maternidad o no es recomendable a su estado y no puede cobrar la prestación por no estar en situación asimilada al alta, como pretende la entidad gestora, lo que es contrario al principio protector de la situación que da origen a la prestación". STSJ Cantabria 31 enero 2000 (Ar. 436).

³¹⁷ PEREZ DEL RIO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS), 1984, pág. 184.

³¹⁸ CES: *La protección social de las mujeres*, Madrid (CES), 2000, pág. 107.

situaciones asimiladas al alta a efectos de la prestación por maternidad, "la situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación del nivel contributivo". Así, si la maternidad se inicia una vez extinguido el contrato de trabajo sin que se haya accedido a la situación de desempleo total subsidiado y contributivo, quedará cerrado el acceso a la prestación por maternidad. Queda excluido, por ende, como situación asimilada a la de alta tanto el desempleo en su nivel asistencial³¹⁹ como el desempleo parcial³²⁰.

Igualmente, cierto sector de la doctrina viene considerando como supuesto excluido el hecho de que la prestación por desempleo se hubiera cobrado en la modalidad de pago único, y ello no sólo porque en tal momento se considera extinguida la prestación de acuerdo con el art. 5 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, sino también porque otra interpretación sería contraria a la propia finalidad que persigue la norma citada de propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la incorporación como socios a cooperativas de trabajo asociado o a sociedades laborales a aquellas personas que hubieran perdido su trabajo anterior³²¹. No obstante, parece más oportuno entender subsistente a estos efectos aquella jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que se considera situación asimilada al alta el paro involuntario sin derecho a prestación, pues "la maternidad lleva consigo que la trabajadora no pueda ejercer otro

³¹⁹ "La situación de desempleo del nivel asistencial no puede entenderse asimilada a la de alta a estos específicos efectos de lucrar prestaciones de incapacidad laboral transitoria", dentro de las cuales habría que incluir entonces las de maternidad. STS 26 julio 1993 (Ar. 5980). Con gran acopio jurisprudencial, BARRIOS BAUDOR, G.L.: *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 360 y ss. ó FERNANDEZ URRUTIA, A.: *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1999.

³²⁰ "Ya que el beneficiario está vinculado por un contrato de trabajo en vigor, siendo la jornada reducida, de ahí su compatibilidad con las prestaciones de desempleo..., (de modo que) el beneficiario ya tiene derecho (a la prestación por maternidad) en virtud de diferente título: la existencia de un contrato de trabajo". RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 300.

³²¹ STS 15 diciembre 1992 (Ar. 10240).

empleo si se encuentra en el período de descanso obligatorio o está legitimada para no aceptar una oferta de trabajo adecuada si se trata del período de descanso voluntario³²².

En todo caso, cuando el/la trabajador/a esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda pero sin que el período de percepción de la prestación por desempleo se amplíe por la circunstancia de que el/la trabajador/a pase a la situación de maternidad (art. 222.3 *in fine* LGSS), lo cual no deja de ser criticable dada "la necesidad social de fomento de la maternidad y de conciliación de la vida laboral y familiar que el ordenamiento ha detectado desde hace ya varias décadas"³²³.

Además, a partir de tal tenor literal se dispensa una prestación por maternidad no ligada al disfrute de los preceptivos períodos de descanso por tal circunstancia previstos en el art. 48.4 ET como causas suspensivas del contrato de trabajo. De hecho, y conforme al art. 133 bis LGSS el reconocimiento del subsidio por maternidad viene condicionado por la existencia previa de una situación de actividad laboral que se ve suspendida por el disfrute de los descansos que la Ley establece para la situación de maternidad, "razón por la que tal beneficio no puede reconocerse a quien, al estar inactivo, ninguna pérdida salarial soporta" por mucho que se considere como asimilada al alta la situación de desempleo involuntario subsidiado³²⁴. Frente a ello, "el art. 222 LGSS, permitiendo que se traspase la prestación de desempleo a la de maternidad y que aquélla pueda consumirse en esta última, está convirtiendo en beneficiario del subsidio por maternidad a quien no

³²² SSTs 20 enero y 3 abril 1995 (Ar. 393 y 1146).

³²³ RABANAL CARBAJO, P.: "Las reformas en materia de desempleo", en VV.AA (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Estudios jurídicos sobre las reformas de Seguridad Social*, Santiago de Compostela (Revista Xuridica Galega), 2002, pág. 113.

³²⁴ STSJ Andalucía/Málaga 11 mayo 2001 (Ar. 2634).

es titular de un contrato de trabajo y, por ende, no se le suspende por maternidad³²⁵.

El art. 222.3 LGSS se encarga de aclarar, por lo demás, que durante la situación de maternidad "la entidad gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del art. 206", quedando extinguida tal obligación de cotizar cuando terminen las prestaciones por desempleo, aunque se continúe percibiendo la prestación por maternidad³²⁶.

b) La extinción del contrato de trabajo durante el disfrute de la prestación por maternidad

De acuerdo con lo previsto en el art. 222.2 LGSS, si durante la percepción de la prestación por maternidad se extinguiera el contrato de trabajo, se seguirá percibiendo aquélla hasta su terminación, pasando a partir de tal momento a la situación legal de desempleo y a percibir, si se reúnen los requisitos, la correspondiente prestación, sin descontar del período de percepción de esta última prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad³²⁷.

De nuevo, no se hace mención al nivel asistencial de desempleo, pues el precepto citado utiliza el término genérico de "prestación", el cual conforme a reiterada doctrina jurisprudencial hay que entenderlo referido exclusivamente al nivel contributivo³²⁸.

³²⁵ GARRIDO PEREZ, E., en VV.AA (ALARCON CARACUEL, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, cit., pág. 1452.

³²⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid (Instituto de la Mujer), 2002, pág. 265.

³²⁷ BARCELON COBEDO, S.: "El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo", *TL*, núm. 66, 2002, págs. 207 y ss.

³²⁸ SSTs 26 julio 1993 (Ar. 5980) y 28 abril 1995 (Ar. 4439).

Ahora bien, no estaría de más replantear dicha interpretación judicial para admitir la posibilidad de que tras un previo período de percepción de la prestación por maternidad se pudiera acceder a un subsidio por desempleo si se acreditaban los requisitos para el mismo y no para el nivel contributivo. De hecho, la norma en sí misma no lo impide, máxime cuando no tiene ningún sentido negar tal posibilidad cuando sí se reconoce en el propio art. 222.1 LGSS que estando en incapacidad temporal pueda accederse también al subsidio por desempleo. Es más, si en tal situación éste no se consume, con mayor razón habría de admitirse que tampoco queda consumido en los supuestos en los que se perciba la prestación por maternidad teniendo en cuenta el especial régimen protector aplicable a esta última contingencia³²⁹.

En fin, no se dice si existe en este caso obligación de cotizar, razón por la cual dicha laguna debe de ser interpretada teniendo en cuenta que lamentablemente la cotización durante la maternidad se vincula a la vigencia del contrato de trabajo --el cual está extinguido--, y la cotización durante el desempleo depende de la percepción efectiva de las prestaciones --las cuales, en su caso, no se han comenzado a disfrutar--. Cabe entender, por tanto, que "durante este período no existe obligación de cotizar, pues no hay empresario y la entidad gestora no tiene obligación de cotizar al no establecerse expresamente"³³⁰. De esta forma, "la obligación de cotizar se extingue cuando, mientras el/la trabajador/a se encuentra en el percibo de la maternidad, se ha extinguido la relación laboral o se ha agotado la prestación de desempleo, al no existir legalmente sujeto alguno obligado a mantener la cotización... con la consecuencia de que los períodos de maternidad después de extinguido el contrato de trabajo y sin derecho a las prestaciones de desempleo se consideran, a los efectos del cálculo de las bases

³²⁹ GARRIDO PEREZ, E., en VV.AA (ALARCON CARACUEL, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, cit., págs. 1449-1450.

³³⁰ GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2002, pág. 82.

reguladoras de incapacidad permanente o jubilación, lagunas de cotización a cubrir, si procediere, con las correspondientes bases mínimas³³¹.

c) Maternidad, incapacidad temporal y desempleo

Los supuestos más polémicos se originan con los procesos de maternidad que tienen lugar durante una situación de incapacidad temporal, prolongada una vez extinguido el contrato de trabajo³³², es decir, cuando "hay interconurrencia de las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad, produciéndose la extinción del contrato con anterioridad o posterioridad al inicio de la prestación por maternidad, extinción que, en su caso, dará lugar a la prestación de desempleo"³³³.

En estos supuestos, con anterioridad a la promulgación del Real Decreto 1251/2001, la Entidad Gestora continuaba pagando la prestación de incapacidad temporal a la beneficiaria pero cuando tras el parto ésta solicitaba la prestación por maternidad la Entidad la denegaba por incumplimiento del requisito de estar en situación de alta o asimilada al alta. Esto se producía porque, aunque el ordenamiento admitía la permanencia en la situación de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato, esta situación no se consideraba como asimilada al alta (art. 125 LGSS) como sí ocurría con la situación de desempleo con derecho a prestación, razón por la cual una vez que la mujer pasaba de una situación (incapacidad temporal por enfermedad común) a otra (maternidad) podía encontrarse con la negativa de la Entidad a concederle la prestación por falta de cumplimiento del requisito de estar en alta o asimilada al alta en la Seguridad Social. Con todo y en aplicación

³³¹ LOUSADA AROCHENA, J.L.: *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, cit., pág. 266.

³³² PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad", cit. pág. 24.

³³³ GORELLI HERNANDEZ, J.L. e IGARTUA MIRO, M.T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, cit., pág. 83.

del principio *pro beneficiario*, los Tribunales venían condenando en estos casos a la Entidad Gestora a satisfacer a las trabajadoras la prestación, confiriendo a la incapacidad temporal la naturaleza de situación asimilada al alta, al considerar que "la inexistencia de un mandato expreso que establezca situación asimilada al alta para la situación de incapacidad temporal no debe ser entendida como expresión legal de voluntad negativa al respecto, sino como laguna legal"³³⁴.

Ahora bien, aunque la cuestión se había solventado en la práctica, primero, a través de una doctrina judicial consolidada, y, después, mediante la resolución de 14 de junio de 1995 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, la laguna jurídica permanecía en la LGSS que seguía sin regular esta situación de tránsito desde la situación de incapacidad temporal durante la cual se extingue el contrato a la de maternidad, mientras que sí preveía el paso desde la incapacidad temporal a la situación de desempleo y viceversa (arts. 222.1 y 222.2 LGSS)³³⁵.

Con la nueva regulación, introducida por el Real Decreto 1251/2001, el legislador se ha dado cuenta de lo absurdo que resultaba que de la incapacidad temporal se pudiera pasar a la situación de desempleo aun no estando en alta, y de éste a la maternidad --pues a dichos efectos el desempleo es situación asimilada al alta--, y en cambio no pudiera considerarse directamente la incapacidad temporal una vez extinguido el contrato como asimilada al alta a efectos de maternidad sin ese previo tránsito por la protección por desempleo³³⁶. Asimismo, el legislador ha sido consciente de lo criticable que resultaba el hecho de que la trabajadora no pudiera pasar a situación de desempleo al

³³⁴ SSTs 20 enero y 3 abril 1995 (Ar. 393 y 2903).

³³⁵ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, cit., págs. 201 y ss.

³³⁶ Máxime cuando, por ejemplo, se considera situación asimilada a la de alta el período de noventa días posteriores a la baja en el régimen especial de autónomos. STSJ Aragón 3 abril 2000 (Ar. 933).

no estar en disposición de trabajar --razón por la que no está obligada a inscribirse como demandante de empleo, ni a solicitar prestación-- pero tampoco pudiera acceder a la protección por maternidad porque, extinguido su contrato, no había pasado a percibir prestaciones por desempleo.

Bajo la premisa de que lo que se debe garantizar en este caso es el descanso de la mujer, no frente a un trabajo, sino frente a la necesidad de búsqueda activa y aceptación de un nuevo empleo (de ahí, por lo demás, que se considere situación asimilada al alta, a efectos de incapacidad temporal, el desempleo involuntario total y subsidiado)³³⁷, el art. 9.4 del Real Decreto 1251/2001 reconoce, en primer lugar, el derecho de la trabajadora a la prestación por maternidad en los casos de extinción del contrato antes del inicio del descanso, aunque no se haya pasado a desempleo o éste haya concluido durante la incapacidad temporal precedente a la maternidad. Junto a este supuesto prevé el mantenimiento del derecho a percibir el subsidio cuando el contrato se extinga iniciado ya el descanso. En tercer lugar, contempla igualmente que si persiste la incapacidad temporal una vez concluido el período de descanso maternal, se reanude el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente. Y, en fin, establece que se causará derecho al subsidio por maternidad si entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no hay solución de continuidad y, por tanto, ni reincorporación al trabajo, ni paso a la situación de desempleo³³⁸.

Sobre el particular debe destacarse que el art. 9.4 del mencionado Real Decreto distingue varias situaciones³³⁹:

³³⁷ MARTINEZ MORENO, C.: "Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: algunas cuestiones pendientes", AS, núm. 17, 2001, pág. 49.

³³⁸ PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad", cit., págs. 24-25.

³³⁹ RIVAS VALLEJO, M.P.: "El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", AS, núm. 20, 2002, pág. 100, autora a la que se sigue en la presente exposición.

1ª.- Que la trabajadora se hallara en situación de incapacidad temporal en el momento de extinguirse el contrato.

2ª.- Que la trabajadora se hallara disfrutando del descanso por maternidad en el momento de extinguirse el contrato.

3ª.- Que la trabajadora se hallara en situación de desempleo legal, percibiendo prestación contributiva en el momento de sobrevenir el parto.

4ª.- Que la trabajadora se hallara en situación de desempleo legal, habiendo agotado la prestación contributiva durante la situación de incapacidad temporal precedente al parto.

5ª.- Que el parto se produjera después de la extinción del contrato pero antes de acceder a la prestación por desempleo.

6ª.- Que, habiéndose extinguido el contrato, el parto sobrevenga sin solución de continuidad con respecto al alta médica del proceso de incapacidad temporal bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla.

En todos estos supuestos se reconoce el derecho a la prestación por maternidad de acuerdo con las siguientes previsiones:

1ª.- Si la extinción del contrato se produce una vez iniciado el descanso por maternidad se reconoce a la interesada el mantenimiento de su derecho a la prestación por maternidad, pues la incapacidad temporal ya se agotó con anterioridad, mantenimiento que se producirá hasta el término de tal situación³⁴⁰. En definitiva, se está reconociendo una nueva situación asimilada al alta a efectos de incapacidad temporal: la maternidad que se inicia antes de la extinción del contrato pero se agota después de ésta³⁴¹.

³⁴⁰ PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad", cit., pág. 24.

³⁴¹ RIVAS VALLEJO, M.P.: "El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", cit., pág. 84.

A la luz del art. 222 LGSS habrá que interpretar, además, que en este supuesto el cómputo de la prestación por desempleo no comenzará hasta el agotamiento de la prestación por maternidad (art. 222.2 LGSS), pero se reanudará, computándose y compensándose con él, cuando finalizada aquélla se reanude el subsidio de incapacidad temporal (art. 222.1 LGSS). La cuantía de este subsidio será la inicialmente determinada, puesto que se habla de reanudación del subsidio (art. 222.3 LGSS)³⁴².

2ª.- Si la extinción del contrato tiene lugar antes del inicio del descanso por maternidad, cabe distinguir tres situaciones: a) que la extinción contractual se produzca durante la situación de incapacidad temporal; b) que se hayan superpuesto las situaciones de incapacidad temporal y desempleo total contributivo, extinguiéndose la situación de incapacidad temporal; c) que ambas situaciones se produzcan sin solución de continuidad, esto es, que causada el alta médica por incapacidad temporal, tenga lugar seguidamente el inicio de la situación de maternidad, por haberse producido ambas alta y baja el mismo día o en días consecutivos. En todos estos casos, causará derecho a prestación por maternidad, considerándose, pues, dichas situaciones como asimilación al alta³⁴³.

Así, si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, aunque la trabajadora no haya pasado a la situación de desempleo total percibiendo prestación económica de nivel contributivo, o ésta se hubiera extinguido durante la incapacidad temporal precedente a la situación de maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal anterior al parto y el abono del subsidio correspondiente que se sustituirá

³⁴² RABANAL CARBAJO, P.: "Las reformas en materia de desempleo", en VV.AA (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social*, cit., pág. 114.

³⁴³ RIVAS VALLEJO, M.P.: "El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", cit., pág. 85.

desde el día del inicio de la situación de maternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última³⁴⁴.

3ª.- Si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute de períodos de descanso, en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad el subsidio por maternidad. En cambio, si la extinción del contrato de trabajo del padre o de la madre se produce antes del inicio del descanso por maternidad, el subsidio que, en su caso corresponda, se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos, en régimen de jornada a tiempo parcial³⁴⁵.

Tal previsión ha merecido la crítica de cierto sector de la doctrina, pues parece que el legislador únicamente entiende que no justifica una posible suspensión del contrato a tiempo parcial el hecho de que la madre no desarrolle prestación de trabajo porque puede ocuparse del neonato, pero no tiene en cuenta la función social atribuida a la prestación por maternidad³⁴⁶, razón por la cual quizá cabría reconsiderar el supuesto "y llevar el tema a los casos sobrevenidos de modificación del disfrute a tiempo parcial"³⁴⁷.

4ª.- Si fuera el padre quien disfrutase del período de descanso, sea éste en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, y se extingue el contrato de la madre, el subsidio se mantendrá en sus propios términos. Se prevé en este caso un supuesto de disfrute simultáneo por parte de ambos cónyuges, manteniendo el subsidio

³⁴⁴ PANIZO ROBLES, J.A.: "Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad", cit., pág. 25.

³⁴⁵ FERNANDEZ ORRICO, F.J.: "La prestación económica derivada del permiso por maternidad a tiempo parcial", *Información Laboral*, núm. 6, 2002, págs. 17-18.

³⁴⁶ GORELLI HERNANDEZ, J. e IGARTUA MIRO, M.T.: *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, cit., pág. 87.

³⁴⁷ LOPEZ GANDIA, J.: *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2002, pág. 69.

del padre en sus propios términos, y la reanudación del percibo del subsidio por incapacidad temporal de la madre tras el agotamiento del período de descanso que a ésta corresponda. En definitiva, la extinción del contrato de la madre no supone la pérdida o revocación del derecho del padre³⁴⁸.

5ª.- En fin, la aplicación de las reglas anteriores (que lógicamente también operarán en supuestos análogos --adopción o acogimiento--)³⁴⁹ requiere que el afectado por el proceso de incapacidad temporal sea el beneficiario del subsidio de maternidad, no siendo de aplicación cuando existió reparto de los períodos de descanso y al tiempo del inicio de la incapacidad temporal de uno de los progenitores corresponda el disfrute del permiso al otro³⁵⁰.

3.2.- Suspensión por filiación no biológica

La configuración de la maternidad y paternidad adoptivas, así como el acogimiento, como circunstancias determinantes de la suspensión del contrato de trabajo, responde al reciente criterio político-legislativo de superar la concepción meramente biológica de la maternidad, suponiendo un paso más hacia adelante en la ampliación de los bienes jurídicos protegidos por la norma jurídico-laboral. De hecho, la subsunción de la adopción y del acogimiento de menores en el ámbito de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se constituye en paradigma de ese nuevo modelo de maternidad, más amplio, menos centrado en la faceta física y biológica, y más abierto a la valoración de la atención y cuidado del menor, así como a los aspectos afectivos, relacionales, familiares y

³⁴⁸ RIVAS VALLEJO, M.P.: "El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", cit., pág. 103.

³⁴⁹ DIAZ MORA, J.M.: "Las nuevas prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", *Información Laboral*, núm. 3, 2002, pág. 17.

³⁵⁰ RIVAS VALLEJO, M.P.: "El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo", cit., pág. 102.

sociales que, por su dificultad y complejidad, y por comunes a la constitución de toda relación de filiación --ya sea natural o por adopción-- adquieren, per se, una importancia capital, equiparada a la protección biológica del fenómeno generativo; la protección del hijo y de su adecuada y satisfactoria incorporación a la familia, así como la correcta "cimentación" de las relaciones paterno/materno-filiales, todo ello contemplado desde la perspectiva de la corresponsabilidad varón-mujer frente a tales funciones, constituyen bienes jurídicos de primer orden, también en la rama social del Derecho, en la medida que interactúan directamente con el desempeño por el/la trabajador/a, padre o madre, de una actividad laboral. La filiación adoptiva, derivada de un acto jurídico y no de un hecho biológico, queda, por ello, despojada en absoluto de cualquier connotación fisiológica y se convierte en ejemplo de esa nueva "parentalidad" amparada por la norma laboral, tanto en lo que se refiere a los bienes protegidos cuanto al reconocimiento de un derecho originario y autónomo a la suspensión contractual para ambos, padre y madre trabajadores, en justa correspondencia con la corresponsabilidad de uno y otro frente a las necesidades del nuevo hijo³⁵¹.

3.2.1.- Ambito de aplicación: la exclusión del acogimiento simple

Desde tal perspectiva, el ET (tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, por lo que aquí interesa, hizo coincidir los supuestos de hecho filiación biológica-adoptiva-acogimiento como causas que dan lugar a la suspensión y al subsidio de Seguridad Social por maternidad, reflejando la tendencia de aproximación de la legislación española al *employed-mother-model*³⁵², tomado como referente también por

³⁵¹ GARRIGUEZ JIMENEZ, A.: "Nuevos aires interpretativos en torno a la consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social de la paternidad: caracterización del padre como beneficiario originario de la prestación por maternidad (biológica) en el supuesto de fallecimiento de la madre y desvinculación de la previa condición laboral o no de aquélla", *TS*, núm. 162, 2004, pág. 82.

³⁵² FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5828.

otras muchas legislaciones³⁵³) no limita su cobertura en este ámbito a la procreación biológica, sino que incluye dentro de las causas de suspensión del contrato la adopción y el acogimiento (art. 48.3 párrafo 3º)³⁵⁴.

En tal sentido, uno de los principales bloques de novedades (no exento de críticas) contenido en la Ley 39/1999 (y en su desarrollo reglamentario) afecta a la suspensión contractual en los casos de filiación no biológica³⁵⁵. Con este nuevo régimen jurídico se introducen una serie de medidas que tratan de favorecer una mayor conexión del adoptado o acogido con su nueva familia, a fin de conseguir la integración de aquél en el nuevo entorno. Persiguiendo este objetivo, se articulan las medidas necesarias para que la prestación de trabajo retribuido por los padres, fuera del hogar, no suponga trabas a la consecución de tales finalidades³⁵⁶.

Se añade una nueva situación no contemplada en la legislación anterior (que puede posibilitar la suspensión del contrato de trabajo y la prestación de la Seguridad Social --art. 2.2 RD 1251/2001--)³⁵⁷, cual es el acogimiento familiar permanente, recogiendo las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y terminando con la polémica respecto a si

³⁵³ LEYRA, A.: *Welfare states and working mothers. The Scandinavian experience*, Cambridge (Cambridge University Press), 1992.

³⁵⁴ HERNANDEZ MARTINEZ, A.: "Acogimiento de menores ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?", *AS*, núm. 18, 1997, págs. 20 y ss. Por extenso, VIQUEIRA PEREZ, C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, cit., págs. 47 y ss.

³⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., págs. 41-42.

³⁵⁶ MOGARDO PANADERO, P.: "la suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida laboral y familiar", cit., pág. 53.

³⁵⁷ Correlativamente, el nuevo art. 133 bis LGSS incluye también esa referencia en relación con las situaciones protegidas por la prestación de maternidad. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 6.

eran objeto de protección situaciones distintas del acogimiento preadoptivo³⁵⁸.

Ahora, "únicamente el acogimiento simple queda excluido de protección"³⁵⁹, lo cual puede encontrar justificación --harto criticable-- en el hecho de que este tipo de acogimiento puede dar lugar a una compensación económica en favor de los acogedores (art. 173.2.5º CC). "En un terreno *de lege ferenda* la solución vendría por una declaración de incompatibilidad de la prestación por maternidad con la compensación económica por acogimiento, caso de existir. Pero carece de justificación negar también al acogedor la posibilidad de suspender su contrato de trabajo, dado que esta institución está pensada para ocuparse del menor mientras dure la situación de acogimiento"³⁶⁰.

3.2.2.- Sujeto causante

Aun cuando se amplía la edad del menor adoptado que pasa a ser de seis años, frente a los cinco anteriores, existen supuestos de adopción o acogimiento de menores, con edad superior a los seis años, en los que también se tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo, como son la adopción o el acogimiento de menores (pero mayores de seis años) incapacitados o minusválidos, así como la adopción o el acogimiento de menores (también mayores de seis años) que, por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan dificultades de inserción social y familiar, siempre que tales circunstancias estén

³⁵⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RL*, núm. 24, 1999, pág. 26.

³⁵⁹ PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", *RTSS (CEF)*, núm. 201, 1999, pág. 63. En este sentido, STSJ Madrid 6 mayo 1999 (Ar. 1948). Alguna sentencia reciente considera, sin embargo, que debe quedar incluido el acogimiento en general, STSJ Murcia 14 noviembre 2000 (*RTSS --CEF--*, núm. 215, 2001, págs. 231 y ss.).

³⁶⁰ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 85.

debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, donde se constate, de forma objetiva, que ese menor tiene especiales dificultades de inserción y qué causas motivan tales dificultades³⁶¹.

Cierto es que el art. 2.2 del Real Decreto 1251/2001 se encarga de precisar, de un lado, que el menor ha de tener menos de 18 años, y, de otro, que el grado de minusvalía exigida ha de ser igual o superior al 33 por 100 acreditado por resolución administrativa, pero no menos cierto resulta que, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, se trata de "situaciones que generan una cierta indeterminación jurídica en sus condiciones de acceso, así, por ejemplo, siguen sin identificarse cuáles pueden ser las especiales circunstancias y experiencias personales en que se encuentre el menor y no se señala cómo pueden acreditarse las especiales dificultades de inserción social, delegando esta materia a la decisión del órgano administrativo o judicial competente"³⁶².

3.2.3.- Extensión temporal

La duración del permiso se extiende hasta hacerlo coincidir con el previsto para los hijos biológicos (16 semanas, incluyéndose la ampliación para los supuestos múltiples)³⁶³, unificándose en seis años el límite de edad de los hijos para tener derecho al descanso³⁶⁴. Se ha producido, por tanto, una doble parificación en la duración del permiso: comparativa (respecto de los hijos biológicos) e interna (atendiendo a la edad del menor, pues se elimina la distinta duración que anteriormente tenían los permisos, según que el sujeto

³⁶¹ PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., pág. 63.

³⁶² VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 56.

³⁶³ En este sentido, con anterioridad a entrada en vigor de la Ley 39/1999, SSTSJ Cataluña 30 noviembre 1998 (Ar. 6921) ó Castilla y León 15 marzo 1999 (Ar. 636).

³⁶⁴ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas", cit., pág. 109.

causante fuera menor de cinco años o de nueve meses)³⁶⁵.

Tal equiparación debe de ser calificada como positiva en aras de una mayor seguridad jurídica, pero no porque la situación anterior resultara discriminatoria para los padres e hijos adoptivos o acogidos frente a los padres e hijos biológicos, pues los supuestos tutelados no son equiparables, y, por lo mismo, no exigían forzosamente idéntico tratamiento legal: en la maternidad biológica el bien jurídico protegido es complejo, no en vano comprende tanto la adecuada recuperación de la salud de la madre tras el parto como el cuidado del hijo y la necesidad de establecer una relación de convivencia entre madre (o padre) y el recién nacido; en la filiación adoptiva, el interés tutelado es exclusivamente el fortalecimiento de la relación familiar y la atención del hijo, que no siempre será un recién nacido³⁶⁶.

Por lo demás, el término inicial del cómputo del permiso se establece de manera alternativa para el trabajador/a: o en la decisión de acogimiento o en la de adopción³⁶⁷; realmente lo que quiere significar el precepto es que por el mismo sujeto causante (por utilizar la terminología de la Ley) no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción, "pues supondría una duplicación de medidas con idéntico objeto y la finalidad perseguida (la adaptación del niño a su nueva realidad familiar) ya se habrá cubierto por el disfrute de la suspensión por acogimiento"³⁶⁸.

³⁶⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", *AS*, núm. 20, 2000, pág. 20.

³⁶⁶ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *cit.*, pág. 109.

³⁶⁷ BARRIOS BAUDOR, G.L.: "La Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: a modo de nota informativa", *Aranzadi Laboral*, núm. 2, 1999, pág. 3.

³⁶⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *cit.*, pág. 27.

Sí existe, sin embargo, una muy concreta regla para el supuesto, cada vez más frecuente, de la adopción internacional: se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la misma (art. 4.1 RD 1251/2001), evitando con ello lo que en otro caso pasaría por la necesidad de acuerdo con el empresario de utilización de figuras previstas para otras finalidades: por ejemplo, el adelanto del disfrute del período de vacaciones. Esa anticipación comporta, además, la posibilidad de que se inicie una suspensión por adopción finalmente no consumada, lo que determinará el cese de la suspensión y de la prestación correspondiente pero, salvo que hubiere mediado mala fe o fraude, ninguna otra consecuencia desfavorable para el trabajador/a³⁶⁹.

Lógicamente, se equipara a las españolas el valor de las resoluciones extranjeras en materia de adopción y acogimiento a efectos de la aplicación de lo establecido en la propia Ley 39/1999³⁷⁰ y en el Real Decreto que la desarrolla (art. 2.2 RD 1251/2001).

3.2.4.- Atribución del período de asueto

Si ambos progenitores trabajan, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, a jornada completa o parcial, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo -- art. 4.1 RD 1251/2001--)³⁷¹, lo cual hace suponer que la adopción ha sido realizada por ambos, pues si sólo fuera adoptante uno de ellos,

³⁶⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 21.

³⁷⁰ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 58.

³⁷¹ PASCUAL ALLEN, C.: "Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Información Laboral*, núm. 26, 1999, pág. 30.

éste sería el único incluido en el ámbito del precepto³⁷².

De la literalidad y de la *ratio legis* del precepto cabe deducir, además, que cuando uno de los progenitores no trabaje, el padre o la madre trabajador/a no tendría derecho a suspensión o permiso, pues la finalidad del beneficio se entendería suficientemente cubierta por uno de los progenitores, sin que ello prejuzgue para nada el ejercicio conjunto de la patria potestad.

La decisión en cuanto a quién deba disfrutar el permiso y cómo es algo que se deja al "gobierno" de la intimidad familiar, atendiendo a los intereses y necesidades personales de cada pareja³⁷³, teniendo en cuenta, además, que no se distingue entre período voluntario y obligatorio (no existe riesgo para la salud de la madre)³⁷⁴. En estos casos, al no existir un hecho biológico análogo a la maternidad, la pertenencia a uno u otro sexo resulta irrelevante en orden a determinar la titularidad del derecho: afortunadamente, corresponde tanto al varón cuanto a la mujer con tal que trabajen³⁷⁵.

En fin y como no podría ser de otra forma, al igual que en la suspensión o permiso por maternidad biológica, el trabajador/a adoptante o que acoja a un menor en su familia que reúna los requisitos legales exigidos podrá beneficiarse de las prestaciones económicas previstas para aquella contingencia, en el bien entendido sentido de que las "referencias legales al momento del parto, se entenderán hechas a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o a la de la resolución

³⁷² FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5828.

³⁷³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica", *RL*, 1989, Tomo II, pág. 19 o ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", *RL*, núm. 9, 1989, pág. 91.

³⁷⁴ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 131.

³⁷⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 21.

judicial por la que se constituya la adopción³⁷⁶. Ello sin marginar la importancia de la ayuda económica prevista en la Orden de 18 de diciembre de 2002 de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social para sufragar los costes generados por la elaboración de los informes psicosociales preceptivos para la expedición del certificado de idoneidad en los procesos de adopción internacional.

3.3.- La necesaria introducción de un permiso por "paternidad"

Las reflexiones efectuadas en las páginas anteriores dan sobradas muestras, en primer lugar, sobre cómo en el caso de filiación biológica existe una clara preferencia por la madre en el disfrute del permiso, a diferencia de lo previsto para el caso de adopción o acogimiento, donde la situación es de absoluta igualdad³⁷⁷. Incomprensiblemente, recibe mejor trato el adoptante que el padre biológico, pues éste sólo podrá acceder por derivación y en caso de que la madre también renuncie a este derecho³⁷⁸. Con todo, faltan previsiones específicas para la hipótesis en que los interesados no lleguen a un acuerdo sobre el modo del disfrute del permiso³⁷⁹.

Es más, el alcance de la reforma de la protección jurídica de la maternidad natural no parece espectacular, pues aun cuando se amplía la posibilidad del reparto del permiso de maternidad entre ambos progenitores cuando ambos trabajen, flexibilizándose la forma en que puede ejercitarse, lo cierto es que la Ley 39/1999 y el Real Decreto 1251/2001 que la desarrolla no han conseguido

³⁷⁶ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", cit., págs. 103 y ss.

³⁷⁷ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 51 y 52.

³⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica", cit., pág. 93.

³⁷⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 21.

configurar el permiso por paternidad como un derecho individual y autónomo del padre; antes al contrario, continúa siendo un derecho derivado y accesorio de la madre, que sigue siendo la única y exclusiva titular del mismo, de modo que si ésta no trabaja o no tiene derecho al disfrute del permiso o no accede a que el padre disfrute de parte del período de descanso materno, éste no tendrá derecho a permiso alguno³⁸⁰.

De este modo, "facilitar el disfrute por el padre no es igual que incentivar o promover el reparto de responsabilidades del cuidado de los hijos y no parece que esta flexibilización haya producido *per se* un incremento masivo de los supuestos en que el padre solicite total o parcialmente el disfrute del permiso"³⁸¹, ni siquiera estableciendo incentivos económico al efecto, tal y como sucede en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. La desprotección del padre resulta también notoria, en especial en los supuestos de nacimiento de un hijo biológico, ya que, al margen del permiso de dos días naturales del art. 37.3 b) ET, carece de un derecho propio que le permita establecer vínculos de convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su retribución. La única posibilidad que se le ofrece queda mediatizada por la decisión de la madre de cederle parte de las semanas de suspensión del contrato por maternidad, a la que, además, se le exige ser trabajadora o desarrollar una actividad incluida en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social.

Sería conveniente, por tanto, conseguir una ecuación más conciliada entre trabajo y familia introduciendo el denominado "permiso por paternidad" de exclusiva titularidad masculina, cuya duración podría oscilar entre dos y cuatro semanas. Con ello se conseguirían cuatro objetivos claros: primero, se incorporaría una

³⁸⁰ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 108.

³⁸¹ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 55.

verdadera corresponsabilidad para el padre en las tareas domésticas y en las responsabilidades familiares derivadas de un nacimiento; segundo, la maternidad trasladaría a la empresa una consecuencia laboral semejante para el padre y para la madre, como es la interrupción laboral de su trabajo; tercero, la maternidad-paternidad sería asumida por la pareja en todas sus dimensiones y efectos, equiparando al hombre con su mujer en las consecuencias de una decisión común; y cuarto, se eliminaría la hipoteca laboral que pesa sobre las mujeres por su función reproductora en el ámbito de las organizaciones empresariales.

4.- EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES

Prescindiendo, por superada y prohibida en la actualidad, de la excedencia por estado civil³⁸², cabe centrar en este momento la atención únicamente en el disfrute de la excedencia para el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción o acogimiento (preadoptivo o permanente) y para el cuidado de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, discapacidad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen actividad retribuida (art. 46. 3 ET).

Se trata de una materia reiteradamente reformada en los últimos años (Leyes 3/1989, 8/1992, 4/1995 y 39/1999) con el fin de extender los beneficios de la excedencia forzosa a la solicitada para fines familiares³⁸³. La mejor comprensión de esta institución aconseja dividir su contenido en dos partes con el fin último de efectuar unas reflexiones finales de necesaria materialización en una futura reforma legal.

4.1.- Excedencia por cuidado de hijos

Una de las medidas que tienen como finalidad ofrecer cauces para prorrogar el tiempo dedicado al cuidado de la prole, una vez finalizados los períodos de descanso por maternidad y las licencias parentales, es la excedencia por el cuidado de los hijos. "Sobre el mérito de su finalidad no es necesario insistir: mediante esta figura se intenta establecer una situación de equilibrio entre la relación laboral preexistente y el objetivo que se pretende conseguir, de tal manera que el padre o --mejor-- la madre puedan dedicar un

³⁸² BALLESTER PASTOR, M.A.: "Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos", *TS*, núms. 68-69, 1996, pág. 23.

³⁸³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 15.

tiempo adicional al cuidado exclusivo del hijo, sin que tal situación provoque la pérdida del puesto de trabajo, o dicho con otras palabras, sin que hubiera que acudir a mecanismos extintivos de la relación laboral"³⁸⁴.

De esta forma, el art. 46.3 ET prevé que "los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa".

4.1.1.- Las dudas sobre su naturaleza jurídica

La excedencia por el cuidado de los hijos ha desencadenado una gran polémica doctrinal sobre su naturaleza jurídica, debatiendo aquella sobre su condición de excedencia forzosa, voluntaria, híbrido de ambas o, finalmente, de categoría autónoma e independiente de las mencionadas³⁸⁵. El marco de la discusión venía dado por la clara duplicidad de regímenes jurídicos que había establecido la Ley 3/1989 respecto al derecho de reingreso, en virtud de la cual, y durante el primer año de su disfrute, la excedencia podía ser considerada forzosa (reserva de puesto de trabajo y cómputo a efectos de antigüedad) y, durante los dos restantes, las similitudes serían mayores con la excedencia voluntaria (mera preferencia de reingreso)³⁸⁶.

³⁸⁴ TORTUERO PLAZA, J.L.: "Las excedencias (en torno al artículo 46)", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 962.

³⁸⁵ La excedencia para el cuidado de los hijos ha sido interpretada por la SAN de 8 de marzo de 1990 (Ar. 54), comentada por BARREIRO GONZALEZ, G.: "Sobre la excedencia del trabajador para atender al cuidado de los hijos", *La Ley*, 7 de noviembre de 1990, págs. 5 y ss. Sobre su polémica naturaleza jurídica, PEREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, págs. 58 y 59.

³⁸⁶ Reconocieron esta dualidad de regímenes, entre otros, ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: "La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros", cit., pág. 94; SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica", cit., págs. 12 y 13 o GONZALEZ VELASCO, J.: "La `excedencia' para atender al cuidado de

Tras la reforma operada por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, continúa la división doctrinal, esencialmente entre quienes siguen afirmando la continuación de dos períodos diferenciados -- excedencia forzosa primero y voluntaria después-- y quienes optan por defender una mayor proximidad con la excedencia forzosa³⁸⁷, si bien en este caso habría de tratarse, para el segundo período, de una excedencia forzosa "especial", en la cual "la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente"³⁸⁸.

En cualquier caso, la polémica anterior ha perdido importancia, pues aun cuando la referencia del art. 46.3 ET al "puesto de trabajo" parece excluir el período del primer año (o de los primeros quince o dieciocho meses si la unidad familiar tiene la consideración de familia numerosa de carácter general o especial respectivamente) de excedencia a las reglas de movilidad, de forma tal que transcurrido el mismo debe el trabajador volver a ocupar su puesto de trabajo anterior³⁸⁹, lo cierto es que un día después el

(..continuación)
hijos, y la Ley 3/1989 de 3 de marzo", *AL*, 1989, Tomo II, págs. 255 y ss.

³⁸⁷ Defendiendo la interpretación de la figura del art. 46.3 como excedencia forzosa, entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, cit., pág. 221; BALLESTER PASTOR, M.A.: "Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos", cit., págs. 23, 24 y 25; GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 212 a 218; QUINTANILLA NAVARRO, B.: "La excedencia para el cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995", *RL*, núm. 20, 1995, pág. 12 o ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: "Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo", *RL*, núm. 11, 1995, págs. 101 y 102.

Por lo que respecta a las tesis judiciales, cabe hablar de una excedencia de tintes especiales pero, en todo caso, más próxima a la forzosa, considerando que si antes de la Ley 4/1995, cabía distinguir dos períodos, tras la mencionada, la excedencia para el cuidado de hijos es similar en sus efectos a la forzosa; entre otras, SSTSJ Cantabria 14 marzo 1996 (Ar. 505), Valencia 30 julio 1996 (Ar. 2701) y Navarra 23 diciembre 1996 (Ar. 3949).

³⁸⁸ Sobre tal distinción, PEREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 67. Respecto a los problemas derivados de la distinción de dos períodos distintos en ese plazo de tres años, también, RUANO RODRIGUEZ, L.: "Reflexiones críticas sobre la actual regulación de la excedencia para atender al cuidado de los hijos", en *Social mes a mes*, núms. 14-15, 1996, pág. 26. Estos problemas han desaparecido, lógicamente, para quienes, tras la Ley 4/1995, defienden la existencia de excedencia forzosa durante todo el período. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 225 y 226.

³⁸⁹ La no readmisión del trabajador/a después de la excedencia por cuidado de hijos constituye

excedente se encuentra sometido nuevamente al poder de dirección empresarial capaz de ordenar un cambio en las funciones encomendadas³⁹⁰.

Razón esta última que ha servido para considerar que los efectos derivados de la reserva de puesto de trabajo o la reserva preferente a un puesto del mismo grupo profesional o de categoría equivalente son idénticos³⁹¹, habida cuenta, tanto el poder del empresario en relación a la movilidad funcional como la capacidad para contratar trabajadores interinos que no ocupen el mismo puesto de trabajo que el excedente sino el de otro trabajador que ha pasado a realizar las funciones de aquél, consigue anular la posible diferencia entre ambas situaciones³⁹².

4.1.2.- Titularidad del derecho: la mujer como principal destinataria

Aun cuando la excedencia para el cuidado de los hijos se reconoce al padre y a la madre indistintamente³⁹³, lo cierto es que la situación del excedente para cuidado de hijos bien pudiera ser considerada como de discriminación indirecta en tanto, si las estadísticas no son erróneas, son las mujeres las principales destinatarias de sus normas³⁹⁴ (el reparto de tareas, de nuevo, dista

(..continuación)

despido. Entre muchas, SSTS 22 mayo, 18 julio, 30 septiembre, 3 y 23 octubre 1986 (Ar. 2611, 4245, 5215, 5378 y 5886); 17 noviembre 1987 (Ar. 8004); 25 y 28 enero, 14 junio, 14 julio, 4 y 27 octubre 1988 (Ar. 45, 65, 5295, 6143, 7522 y 8167); 6 octubre y 20 noviembre 1989 (Ar. 7123 y 8206); 7 marzo, 28 junio y 11 octubre 1990 (Ar. 1775, 5536 y 7543).

³⁹⁰ SSTSJ Andalucía 2 marzo 1999 (Ar. 1829) y Pamplona 27 marzo 2000 (Ar. 701).

³⁹¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 57.

³⁹² DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: "Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre permiso parental", cit., pág. 62.

³⁹³ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", cit., pág. 559.

³⁹⁴ Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional --al enjuiciar si las funcionarias interinas tienen o no derecho al reconocimiento del derecho a la excedencia-- "hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos". SSTCo

mucho de ser igualitario en este punto³⁹⁵, "lo cual, en el fondo, tiene que ver con pautas culturales muy arraigadas en nuestra sociedad que tienen como resultado la desigual predisposición de unos y otras a dejar el trabajo en un segundo plano durante el período de crianza de los hijos menores de tres años³⁹⁶). Es más, el disfrute de este derecho conlleva claros perjuicios para este colectivo, sobre todo, debido a la ausencia de todo tipo de compensación económica (salvo alguna específica a cargo de las Comunidades Autónomas -- en paradigmático ejemplo, Orden de 15 de diciembre de 2003, de la Consejería de Familia de la Junta de Castilla y León) y a los riesgos de no reincorporación, descualificación e inferior promoción profesional futura de las mujeres trabajadoras tras el disfrute de una o varias excedencias, máxime cuando las relaciones laborales aparecen marcadas, cada vez más, por "la competitividad y las exigencias de una permanente formación profesional y cualificación continua"³⁹⁷.

Sea como fuere --y pese a este inconveniente--, desde un punto de vista teórico, el derecho a excedencia para cuidado de hijo constituye ahora un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres³⁹⁸, cumpliendo así con lo dispuesto en la Directiva 96/34, sobre el permiso parental, que insiste en el carácter individual y no transferible de los permisos parentales. Desaparece, pues, la prohibición anterior al ejercicio conjunto del derecho por ambos padres. Así, de ser trabajadores por cuenta ajena, ambos progenitores pueden solicitar la excedencia. "Y por la misma lógica, al configurarse la excedencia como un derecho individual, si uno de

(..continuación)
240/1999, de 20 de diciembre ó 203/2000, de 24 de julio.

³⁹⁵ STSJ Madrid 3 abril 2002 (Ar 1832).

³⁹⁶ ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: "Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo", *RL*, 1995, T. I, pág. 1219.

³⁹⁷ RUANO RODRIGUEZ, L.: "Reflexiones críticas sobre la actual regulación de la excedencia para atender al cuidado de los hijos", cit., págs. 26 y 27.

³⁹⁸ LOPEZ AHUMADA, J.E.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 280.

los trabajadores es trabajador autónomo y el otro lo es por cuenta ajena, o si uno de ellos es funcionario y el otro es un trabajador por cuenta ajena, cabe perfectamente que ambos puedan solicitar la excedencia analizada³⁹⁹.

No se requiere tampoco un tiempo determinado y anterior de prestación de servicios en la empresa⁴⁰⁰, ni ésta tiene en su mano oponer obstáculos productivos⁴⁰¹. Tan sólo se admite que el empresario limite el ejercicio del derecho, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, cuando dos o más trabajadores de la misma generan el derecho por el mismo sujeto causante⁴⁰², lo cual quiere decir, seguramente, que el empresario puede negar su ejercicio en un determinado momento o posponerlo a otro posterior⁴⁰³. Con todo, se trata de una posibilidad de intervención empresarial de escasa incidencia dado el carácter no retribuido que acompaña a toda situación de excedencia y las bonificaciones del 95% (durante el primer año), 60% (durante el segundo) o 50% (durante el tercero) en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la contratación de interinos desempleados para cubrir las plazas vacantes en estos supuestos⁴⁰⁴, a las que hay que unir los incentivos a la contratación de interinos que para las empresas

³⁹⁹ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 62.

⁴⁰⁰ STSJ Valencia 25 noviembre 1997 (Ar. 4030), en la que se reconoce el derecho a la excedencia a una trabajadora contratada temporalmente.

⁴⁰¹ Línea continuista de algunas decisiones judiciales previas en las que ya se garantizaba cómo "la concesión de este derecho no depende de la voluntad de la empresa, sino que constituye un derecho del trabajador cuando concurren las circunstancias legalmente exigidas, bastando la notificación a la empresa para situarse en la misma y quedar suspendido el contrato, de manera que este derecho no puede ser objeto de condicionamiento alguno por parte de la empresa". STSJ Andalucía 28 abril 1998 (Ar. 2194).

⁴⁰² CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 106.

⁴⁰³ GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 27.

⁴⁰⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 60.

ubicadas en Castilla y León se establecen por Decreto 291/2001, de 20 de diciembre.

El art. 46.3 ET no limita, pues, su aplicación a los trabajadores contratados por tiempo indefinido; cabe, en consecuencia, su aplicación también a los contratos temporales (ocupados mayoritariamente por mujeres), siempre que de las peculiaridades de su relación sea ello posible⁴⁰⁵. Y así, por lo que respecta a los trabajadores interinos "no existe obstáculo legal alguno para que puedan solicitar y obtener una excedencia para el cuidado de hijos menores, siempre que limiten tal derecho a un año; puesto que durante ese período tendrán derecho a reserva de su puesto de trabajo, a salvo naturalmente de que sobrevenga alguna causa de extinción de la relación jurídica; en tanto que no podrán solicitar dicha excedencia como tal, más allá de dicho período, al ser sus efectos incompatibles con la naturaleza específica del contrato de interinidad"⁴⁰⁶.

Por lo que respecta a trabajadores contratados para obra o servicio determinado "no parece que exista justificación para restringir el derecho a la excedencia para cuidado de hijos a los trabajadores cuyos servicios se regulan por este tipo de contrato temporal, sin perjuicio de que producido el fin de la obra o servicio objeto del contrato se extinguiera el mismo, por lo que no cabe interpretar el precepto en el sentido de que produzca la exclusión señalada, dado el tenor del art. 46.3 ET, que no establece restricción alguna a su operatividad en razón a la temporalidad del vínculo contractual"⁴⁰⁷. Tampoco se exige ningún tipo de antigüedad, "permitiendo que el trabajador recién incorporado a la empresa se beneficie de este derecho"⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ SSTSJ Valencia 13 abril 1999 (Ar. 5006) y 14 julio 2000 (Ar. 503).

⁴⁰⁶ STSJ Castilla La Mancha 23 octubre 1998 (Ar. 3968).

⁴⁰⁷ STSJ Valencia 25 noviembre 1997 (Ar. 4030).

⁴⁰⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 94.

Bajo tales premisas, no puede extrañar que el Tribunal Constitucional, haciendo gala de una interpretación jurídica impecable, haya reconocido el derecho al disfrute de la excedencia a las funcionarias interinas⁴⁰⁹. Así --y en palabras del Máximo Intérprete de la Constitución--, "en el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible...; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarios de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo".

4.1.3.- La filiación (en sentido amplio) como causa de disfrute

El supuesto de hecho que legitima la solicitud de la excedencia es la filiación por naturaleza, por adopción y, como novedad --tras la promulgación de la Ley 39/1999--, por acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, con arreglo al tenor que procura el Código Civil en sus arts. 172 a 180⁴¹⁰. Con ello se satisfacen las críticas de aquellos autores que manifestaron la insatisfacción de la anterior regulación⁴¹¹, en la medida en que "el

⁴⁰⁹ SSTCo 240/1999, de 20 de diciembre ó 203/2000, de 24 de julio.

⁴¹⁰ Con la reforma operada por la Ley 3/1989 aparece la adopción entre las causas de suspensión, no así el acogimiento; sin embargo, la reforma posterior, efectuada por la Ley 8/1993, de 30 de abril, añade aquél a los motivos de suspensión, si bien no altera lo previsto respecto a la excedencia para el cuidado de hijos, modificación que tampoco tiene lugar en la Ley 4/1995, de 23 de marzo, a través de la cual se altera el régimen jurídico de la excedencia para el cuidado de hijos. HERNANDEZ MARTINEZ, A.: "Acogimiento de menores ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?", cit., págs. 23, 24 y 26.

⁴¹¹ En este sentido, GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 216 y 224; TORTUERO PLAZA, J.L.: "Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica *versus* institución jurídica", en VV.AA.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CGPJ), 1994, pág. 268 ó DILLA CATALA, M.J.: "La nueva regulación de la excedencia forzosa por cuidado de hijos (La Ley 4/1995, de

acogimiento conlleva los mismos deberes de cuidado y atención hacia el menor que la patria potestad o la adopción⁴¹².

Con todo, pese al acierto en la decisión del legislador de incluir el acogimiento como supuesto de hecho capaz de permitir el disfrute de una situación de excedencia⁴¹³, se ha desaprovechado la oportunidad de incluir otros supuestos legítimos como pudiera ser, por ejemplo, "el caso de un abuelo respecto a los nietos del hijo en prisión, gravemente enfermo, en el extranjero... o, también, el caso de parejas de hecho con descendencia anterior"⁴¹⁴.

En cualquier caso, procede entender cómo el disfrute de la excedencia por acogimiento previo (al tratarse de una situación que generalmente precede a la adopción del acogido) imposibilita, lógicamente, un posterior disfrute de una excedencia por adopción para el mismo sujeto causante; con la salvedad, naturalmente, de que no se haya agotado el plazo máximo de la excedencia por acogimiento previo, en cuyo caso podría disfrutarse de la excedencia por adopción, si bien por el tiempo restante⁴¹⁵.

4.1.4.- Extensión temporal: límites

La duración máxima de la excedencia se establece en tres años, siendo posible solicitar una duración inicialmente más breve y luego ir prolongándola, salvo que haya ejercicio abusivo del

(..continuación)
23 de marzo)", *AL*, núm. 40, 1995, pág. 694.

⁴¹² CORTE HEREDERO, N.: "La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores", *DL*, núm. 59, 1999, pág. 92.

⁴¹³ ALARCON CASTELLANOS, M.: "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1152.

⁴¹⁴ CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: "Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas", cit., pág. 561.

⁴¹⁵ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 38.

derecho (por ejemplo, realizar solicitudes de semana en semana)⁴¹⁶. Ello no implica, empero, la necesidad de pedir la excedencia inmediatamente después del hecho causante, pudiendo iniciarla en cualquier momento posterior al nacimiento del hijo⁴¹⁷ o a la fecha de la resolución administrativa o judicial de adopción o acogimiento, si bien, en tal caso, su período de disfrute se verá reducido⁴¹⁸.

No cabe duda tampoco de que un nuevo hijo da derecho a un nuevo período de excedencia, pero sí, por contra, que pondrá fin al período en curso⁴¹⁹. Ahora bien --y como crítica--, el legislador ha perdido la oportunidad de haber regulado, en los supuestos de parto múltiple, la posibilidad de aumentar este plazo de excedencia, de manera que, a falta de previsión convencional, se ha de seguir interpretando que en los casos de parto múltiple no se aumenta el período de disfrute⁴²⁰.

Además, el legislador español no ha observado tampoco los períodos marcados por la Directiva 96/34, sobre el permiso parental. Por un lado, porque nada se establece sobre el período mínimo de tres meses de disfrute del permiso, concretando la norma española los límites máximos pero no los mínimos. Por otro y lo que aún es más grave, no fija edad límite del hijo para acogerse a este permiso y, si bien es cierto que la Directiva admite que sean

⁴¹⁶ El art. 46.3 ET reconoce un derecho a los trabajadores que podrán ejercitar en la forma que más se ajuste a sus intereses particulares. STSJ Cataluña 19 noviembre 1999 (*apud Carta Laboral*, núm. 40, 2000, págs. 65 y ss.).

⁴¹⁷ STCT 27 marzo 1984 (Ar. 2796) o STSJ Baleares 27 diciembre 1991 (Ar. 7087).

⁴¹⁸ SSTSJ Baleares 27 diciembre 1991 (Ar. 7078), País Vasco 9 diciembre 1993 (Ar. 5394) y Andalucía/Sevilla 14 julio 1994 (Ar. 3113). BARREIRO GONZALEZ, G.: "Sobre la excedencia del trabajador para atender al cuidado de hijos", *La Ley*, 7 noviembre 1990, pág. 7; PEREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 64 o GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 237.

⁴¹⁹ Respecto a la expresión "cada hijo", no parece correcta ni racional una interpretación literal que llevara a sostener la posibilidad de excedencias consecutivas en caso de parto múltiple. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 225.

⁴²⁰ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 66.

los Estados miembros y/o los interlocutores sociales quienes la delimiten, parece obligar ("deberán definir") a los mismos a realizar tal precisión⁴²¹.

Un límite implícito deriva, empero, de computar tres años "desde el nacimiento del hijo" de modo que: a) se solapan el permiso por maternidad de disfrute obligatorio tras el parto, derecho indisponible que convierte al padre en el único posible beneficiario de la excedencia por cuidado de hijos desde el nacimiento de los mismos; b) la petición se puede producir en cualquier momento entre el nacimiento del hijo y el cumplimiento de los tres años por parte de éste; y c) en relación con la adopción o el acogimiento, la edad de tres años indicada resulta anulada ya que tanto una como otro pueden tener como sujeto destinatario a un niño/a mayor de esa edad⁴²². En este último supuesto el período de tres años a computar desde la resolución judicial o administrativa no predetermina la edad máxima o mínima del adoptado o acogido. Y tan sólo en este caso puede entenderse cumplida, bien que con carácter relativo, la referencia a la edad de ocho años que contempla la Directiva como límite posible para disfrutar de esta excedencia para el cuidado de hijos⁴²³.

En fin, el cómputo de la duración máxima de la excedencia (tres años) se inicia en la fecha del nacimiento, caso del hijo natural, o desde la resolución judicial o administrativa, en los supuestos de adopción y acogimiento, con lo que se equiparan los derechos de los padres biológicos y de los padres adoptivos. Esta nueva regulación es mucho más coherente con la finalidad de la institución, que no es

⁴²¹ DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: "Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre el permiso parental", cit., pág. 59.

⁴²² "Obsérvese que, al no distinguir la Ley, el derecho a la excedencia se genera sea cual sea la edad del adoptado o acogido". LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre", cit., pág. 445.

⁴²³ DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: "Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre el permiso parental", cit., pág. 60.

sino atender al cuidado de cada hijo⁴²⁴ y facilitar, en los supuestos de adopción o acogimiento, la adaptación a un nuevo entorno familiar⁴²⁵.

4.1.5.- Modalidades de ejercicio: su excesiva rigidez

Nada señala el ET sobre la forma de disfrutar el permiso parental ya sea en jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o como crédito de tiempo, razón por la cual hay que entender que acoge el disfrute a jornada completa y sin ninguna modalidad adicional (a no ser --como excepción-- la posibilidad del fraccionamiento del período de excedencia permitida judicialmente)⁴²⁶. Debería haberse aprovechado la oportunidad de permitir una forma más flexible de disfrutar este permiso, máxime cuando el empresario está obligado a integrar en sus cursos de formación al trabajador/a excedente durante todo el período en que el mismo permanezca ausente⁴²⁷.

De todas formas, cabe la posibilidad de disfrute sucesivo de la situación de excedencia entre ambos progenitores, lo cual permite que se aplique el tratamiento privilegiado del primer año [reserva del puesto de trabajo y consideración, de un lado, como tiempo cotizado a efectos de todas las prestaciones (art. 16 del Real Decreto 356/1991) excepto la de desempleo (art. 4 Ley 4/1995) y, de otro, como asimilado al alta a efectos de todas las prestaciones excepto la

⁴²⁴ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 106.

⁴²⁵ GORELLI HERNADEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 38.

⁴²⁶ STSJ Baleares 29 noviembre 1999 (*apud Carta Laboral*, núm. 37, 2000, págs. 97 y ss.). En el mismo sentido, SSTSJ Cataluña 19 noviembre 1999 (Ar. 3966), Andalucía 30 marzo 2000 (Ar. 3113) ó Murcia 12 marzo 2001 (Ar. 493).

⁴²⁷ DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: "Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre el permiso parental", cit., pág. 60.

de incapacidad temporal (art. 17 del Real Decreto 356/1991)]⁴²⁸, en primer lugar, a uno de los padres (o beneficiarios) y, luego, al otro. Previsiblemente esta posibilidad facilitará la asunción de responsabilidades familiares por parte de algunos hombres⁴²⁹.

Por lo que hace al modo y momento de la oportuna solicitud de la excedencia aquí analizada⁴³⁰, procede entender que si bien legalmente no se establece ningún requisito al respecto, parece conveniente que sea pedida por escrito, con clara indicación del momento de inicio y duración de la misma⁴³¹. Procede llamar la atención, además, sobre el hecho de que, en realidad, no se trata de una solicitud propiamente dicha, pues el empresario está obligado a concederla en todo caso⁴³²; no es menos cierto, sin embargo, que el trabajador no puede abandonar su puesto de trabajo por mucho que reúna todos los requisitos si el empresario previamente no le ha concedido el permiso (lo contrario podría suponer abandono de trabajo⁴³³).

4.1.6.- Finalidad: hacia una interpretación laxa del tenor legal

Pese a estar concebida la excedencia para cumplir el fin último del efectivo cuidado de los hijos⁴³⁴, no exige una dedicación

⁴²⁸ Por extenso, QUINTANILLA NAVARRO, B.: "La excedencia para el cuidado de hijos a partir de la ley 4/1995", cit., págs. 17 y ss. ó LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Permiso parental y Seguridad Social", *REDT*, núm. 83, 1997, págs. 381 y ss.

⁴²⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 61.

⁴³⁰ SSTSJ Murcia 28 enero 1993 (Ar. 5394) y País Vasco 9 diciembre 1993 (Ar. 5394).

⁴³¹ SSTSJ Baleares 7 diciembre 1995 (Ar. 4698), Valencia 30 julio 1996 (Ar. 2701) y Andalucía 24 abril 1998 (Ar. 2194)

⁴³² STSJ Andalucía 24 abril 1998 (Ar. 2194).

⁴³³ DILLA CATALA, M^a.J.: "La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/1995, de 23 de marzo)", cit., pág. 697.

⁴³⁴ El centro de protección de esta excedencia radica en el cuidado de los hijos no tanto en la maternidad, si bien parece indudable la íntima relación con ésta, en cuanto "mecanismo de atención a los

total, directa e ininterrumpida a tal tarea; sí es necesaria --claro está-- cierta dedicación, pues en caso contrario la conducta del trabajador sería claramente fraudulenta por haber alegado tal causa para lograr suspender su contrato sin utilizarla a tal fin⁴³⁵. Así, la Ley no impone que el cuidado deba ser "directo", esto es, no exige la presencia física del padre o de la madre junto al niño durante las veinticuatro horas del día para atender todas y cada una de sus necesidades; antes al contrario, el término "cuidado" ha de ser objeto de una interpretación amplia, como provisión de todas las medidas que sean precisas para que el hijo esté perfectamente atendido, aunque, por ejemplo, permanezca unas horas en la guardería⁴³⁶.

Naturalmente, la interpretación no ha de ser tan elástica como para comprender aquellos supuestos en los cuales el trabajador, durante el horario coincidente con el de su jornada laboral, no tenga ningún contacto con el niño, pues entonces la excedencia es ciertamente innecesaria y no cumpliría en ningún caso su finalidad principal⁴³⁷.

Bajo tales premisas, cabe plantear también la posible compatibilidad entre el disfrute de este tipo de excedencia con otros derechos relacionados con el cuidado de la prole, como, por ejemplo, con el permiso de maternidad o incluso de lactancia cuando la excedencia por cuidado de hijos es disfrutada por el otro progenitor. Procede afirmar al respecto que cuando el

(..continuación)

hijos recién nacidos"; de hecho, el plazo comienza a computar desde el nacimiento del hijo y suele consistir en una prolongación del período de suspensión por maternidad. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 203 y 204 ó TORTUERO PLAZA, J.L.: "Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica *versus* institución jurídica", cit., pág. 265.

⁴³⁵ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., págs. 5831-5832.

⁴³⁶ STSJ Valencia 31 enero 1994 (Ar. 372).

⁴³⁷ Se mantiene, asimismo, durante el período de excedencia la obligación laboral de no competencia con la empresa. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 324 y ss.

ordenamiento español ha querido que determinados beneficios relacionados con la maternidad o cuidado de hijos fueran incompatibles entre sí lo ha hecho constar expresamente --por ejemplo, suspensión por maternidad y lactancia--, lo cual no sucede respecto a la excedencia por cuidado de hijos, a resultas de lo cual cabe inferir, por ende, que la compatibilidad entre maternidad/excedencia y lactancia/excedencia serían perfectamente posibles⁴³⁸. En cuanto a la compatibilidad de la excedencia con la realización de trabajos remunerados --y en la línea de lo argumentado anteriormente--, la doctrina legal ha entendido que la prohibición de realizar cualquier actividad lucrativa durante el tiempo de la excedencia se aplica sólo cuando exista expresa prohibición de concurrencia en convenio o contrato o cuando la prestación de trabajo remunerado suponga concurrencia desleal contraria al deber de buena fe contractual⁴³⁹.

4.2.- Excedencia por cuidado de familiares

El art. 46.3 ET (tras la redacción incorporada al mismo por la LCVLF y por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre) implanta un nuevo supuesto de excedencia forzosa, la causalizada por las necesidades de cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, discapacidad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (los mismos sujetos y expuestos a la misma crítica que en el caso de guarda legal)⁴⁴⁰.

La incorporación de los familiares como causantes de la excedencia con derecho a reserva del puesto pretende dar respuesta

⁴³⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: "Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos", *TS*, núm. 68-69, 1996, pág. 27.

⁴³⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: "Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos", *cit.*, pág. 26.

⁴⁴⁰ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: "La excedencia para el cuidado de familiares mayores", *RTSS (CEF)*, núm. 214, 2001, págs. 63 y ss.

a una necesidad social apremiante, que el legislador no puede desconocer, y no se trata de conceder una ventaja o privilegio al trabajador/a, sino de permitirle conciliar sus obligaciones laborales con la atención que necesitan sus familiares más directos a su cargo⁴⁴¹. Se opta por una mayor valoración de la vida familiar del trabajador/a y se toma conciencia de la necesidad que éste/a puede tener de atender no sólo a los hijos menores, sino también a toda una serie de personas como el cónyuge, padres, suegros..., que precisan de cuidados especiales por motivos de enfermedad o de edad y que requieren atenciones especiales incompatibles o difícilmente compatibles en ocasiones con el trabajo⁴⁴².

No procede insistir en el régimen jurídico de este tipo de excedencia, pues se asimila a la tradicional (y ya estudiada) excedencia por cuidado de hijo con una única salvedad: en materia de duración se estima por el legislador que su tiempo de disfrute debe ser más reducido; mientras que se mantiene la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijo, fijada en tres años, respecto de la nueva excedencia familiar el tope se establece en el año (ampliable, no obstante, por convenio colectivo)⁴⁴³, lo cual no ha dejado de ser criticado por la doctrina al entender que hubiera sido conveniente la equiparación de la duración de ambos tipos de excedencia, pues tienen una finalidad común: la asistencia a personas necesitadas de atención⁴⁴⁴.

En todo caso, cabe preguntarse si la excedencia por cuidado de familiar puede reiterarse en el tiempo, mediante sucesivos

⁴⁴¹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)", cit., pág. 7.

⁴⁴² CORTE HEREDERO, N.: "La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 92.

⁴⁴³ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 84.

⁴⁴⁴ ALARCON CASTELLANOS, M.: "Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1153.

períodos, dado que, en principio, no está condicionada por la acotación temporal típica de la excedencia por cuidado de hijo (al nacer o, en su caso, al adoptarlo, no después de ese período). Quizá la respuesta deba ser negativa, ya que se trata de un derecho que, a diferencia de la simple excedencia voluntaria, va acompañado de una garantía especial (reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad)⁴⁴⁵.

En cambio, a tenor de la literalidad del precepto nada impide que tras el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos se pase al disfrute de la excedencia por cuidado de familiares por el mismo causante, de manera que pueda alargarse la situación de excedencia hasta por cuatro años. Parece, por tanto, que el disfrute sucesivo es compatible. Sin embargo, habría que preguntarse si realmente en estos casos ambas medidas no tendrían el mismo objetivo: facilitar al hijo los cuidados durante los primeros años de la vida; de manera que la excedencia por cuidado de familiares no fuese sino una simple prolongación de la excedencia por cuidado de hijos. Si se concluye que ambas medidas están destinadas al mismo fin, parecería inoportuna la compatibilidad, no en vano el legislador ha establecido un plazo máximo para la excedencia por cuidado de hijos⁴⁴⁶.

Con todo, resulta sorprendente que sea éste el único caso en el que se realice una referencia explícita a la negociación colectiva ("salvo que se establezca una duración mayor por la negociación colectiva")⁴⁴⁷, ya que, evidentemente, por esta vía, todos los

⁴⁴⁵ GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., págs. 27-28.

⁴⁴⁶ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 41. Sobre la conexión de la excedencia por cuidado de hijos con la excedencia por cuidado de familiares, RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., págs. 253 y ss.

⁴⁴⁷ Lo cual tal vez refleja "una mala conciencia del legislador" por no equiparar ambas excedencias. PASCUAL ALLEN, C.: "Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 28.

derechos reconocidos son mejorables en cuanto a sus efectos laborales, no así respecto de los que se refieren a la Seguridad Social que, como se sabe, constituye una de las carencias más notables del instituto aquí analizado, máxime cuando la reforma, sorprendentemente, se olvidó ampliar a este supuesto la consideración del período de disfrute del derecho reconocido como de cotización efectiva (aun cuando cabe la posibilidad --casi innacesible-- de suscribir convenio especial)⁴⁴⁸ tal y como hace en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos⁴⁴⁹, "con lo que ello podía suponer a efectos de ruptura de la carrera de seguro de la trabajadora cuidadora (o del trabajador en muchos menos supuestos)"⁴⁵⁰. Afortunadamente, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, considera como período de cotización efectiva el tiempo de excedencia dedicado también al cuidado de familiares.

4.3.- Carencias de protección

Habida cuenta la desprotección social de tipo económico que rodea, en primer lugar, a la excedencia por cuidado de hijo (también por cuidado de familiares --como después se verá--), el problema no es sólo que los padres tengan que ser autosuficientes para poder gozar del permiso parental, lo que no es la regla no sólo en el caso de las crecientes familias monoparentales⁴⁵¹, sino que de ser así supone una opción para la pareja por el mantenimiento de la renta salarial de uno de ellos, lo que, con mucha probabilidad,

⁴⁴⁸ Se trata de una solución muy cara para un trabajador ordinario. LOPEZ GANDIA, J.: "Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias", *AS*, núm. 15, 2004, pág. 44.

⁴⁴⁹ Más bien se configura como una situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., pág. 93.

⁴⁵⁰ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 53.

⁴⁵¹ Algunos autores han planteado la necesidad de introducir prestaciones a favor de las familias monoparentales, pues normalmente están formadas mayoritariamente por mujeres separadas o divorciadas con hijos a su cargo. LOUSADA AROCHENA, J.F.: "Violencia doméstica y Seguridad Social", *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000, págs. 26 y ss.

jugará "a favor" de que sea la madre la que goce del permiso, dejando, al menos temporalmente el trabajo. Con ello no sólo no se consigue el objetivo igualatorio, sino que en la práctica se acentúa el goce desigual del permiso parental, con el consiguiente efecto de desigualdad en el empleo de las mujeres y la confirmación de la tendencia a considerar el cuidado de la prole como una función fundamentalmente femenina⁴⁵².

Así pues, nuestro régimen de protección social no sólo no favorece, como debiera, la posibilidad de suspender temporalmente el trabajo para poder dedicarse a la atención de los hijos, sino que además favorece de hecho el mantenimiento del reparto tradicional de los roles atribuidos a cada cónyuge en el seno de la familia y contribuye a perpetuarlo. La falta de protección social de los permisos parentales es, pues, el límite fundamental para hacer posible la conciliación del trabajo y vida familiar. Por tal razón, no cabe minusvalorar la importancia del apoyo económico que las familias castellano leonesas reciben de la Junta de Castilla y León cuando ejercitan el derecho a la excedencia para el cuidado de los hijos (Orden de 15 de diciembre de 2003 de la Consejería de Familia de la Junta de Castilla y León).

Al objeto de prevenir los efectos de discriminación indirecta en una excedencia mayoritariamente femenina⁴⁵³, facilitando el efectivo goce del derecho a la licencia parental y la igualdad de acceso al mismo tanto de los padres como de las madres, no faltan propuestas ordenadas a garantizar un sistema de protección social adecuado que compense la pérdida de los salarios por el tiempo en que se goza de esos permisos, lo que significa socializar los costes de una opción que rebasa la esfera meramente privada, pues tiene efectos favorables sobre la familia y el cuidado de los hijos que son

⁴⁵² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Seguridad Social, maternidad y familia", cit., pág. 12.

⁴⁵³ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 153.

bienes constitucionales que deben ser adecuadamente atendidos⁴⁵⁴.

Desde igual perspectiva *de lege ferenda*, sería harto conveniente "completar la propuesta anterior con la creación de servicios sociales suficientes (la Comunidad Autónoma de Castilla y León está desarrollando importantes iniciativas en este sentido -- Decreto de 27 de noviembre de 2003--) para la sustitución efectiva y digna de las trabajadoras en el cumplimiento de sus responsabilidades familiares, que hicieran innecesario el disfrute de la excedencia (para evitar las posibles secuelas de desadaptación y descualificación profesional), debiendo asimismo garantizarse, más en general, la libertad de las personas para elegir el momento más oportuno y el número de hijos que desean tener --derecho derivado del de libertad general constitucionalmente reconocida--, poniendo a su alcance los medios de información y control de la natalidad necesarios y suficientes para tal fin, financiados por la Seguridad Social"⁴⁵⁵.

En este sentido, la lucha contra la marginación laboral de la mujer, y más aún de la madre, hacen necesario la puesta en práctica de una serie de instrumentos para que ambos miembros de la pareja (o la mujer con hijos a su exclusivo cargo, en una sociedad donde se multiplican las familias monoparentales) puedan desarrollar sus respectivas actividades laborales, comenzando, por ejemplo y entre otras medidas, por corregir la insuficiente dotación pública (aun cuando también se puedan financiar o cofinanciar por las empresas) de guarderías (sobre todo para niños menores de tres años), actualmente solventada a través de la insatisfactoria fórmula de acudir a la ayuda de familiares, pues un importante contingente de las familias no puede permitirse la alternativa (que ciertamente tiene el efecto de crear empleo, aun cuando muchas veces éste sea al

⁴⁵⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Seguridad Social, maternidad y familia", cit., pág. 13.

⁴⁵⁵ PEREZ DEL RIO, T.: "El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo", cit., pág. 27.

margen de la Ley) de contratar a alguna persona para desempeñar aquellas funciones⁴⁵⁶ aunque para ello se establezcan ayudas en nuestra Comunidad (Decreto 292/2001, de 20 de diciembre); en este sentido, es de destacar "la utilidad de la tan estudiada fórmula francesa de asistencia familiar supervisada de las *crèches collectives* o *crèches familiares*, con figuras paralelas en Suecia, Dinamarca o Alemania, que anticipan el más acabado modelo de asistencia comunitaria con la que solventar la escasez de plazas en las guarderías o su excesivo coste"⁴⁵⁷.

Es más, si las reflexiones anteriores muestran un panorama deplorable en relación con la excedencia por cuidado de hijo, no menos preocupante es el diseño del régimen jurídico de la excedencia para el cuidado de familiares. Así, no cabe olvidar que aun cuando la titularidad en esta segunda modalidad de excedencia se reconoce como "un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres"⁴⁵⁸, lo cierto es que se trata de un mero reconocimiento formal, pues la mujer sigue siendo en este caso la verdadera protagonista⁴⁵⁹, razón por la cual sería necesario --tal y como ha sido manifestado por algún sector de la doctrina-- potenciar la figura del "cuidador (familiar o ajeno) a efectos laborales, fiscales y de Seguridad Social como elemento promocional indirecto de empleo"⁴⁶⁰; ello sin desmerecer la

⁴⁵⁶ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 155.

⁴⁵⁷ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 155.

⁴⁵⁸ Con tal dicción legal, "parece que el legislador pretende animar a que no sólo sean las trabajadoras las que hagan uso de este derecho". QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: "La excedencia para el cuidado de familiares mayores", cit., pág. 71.

⁴⁵⁹ En España la distribución de cuidadores es la siguiente: el 61 por 100 son hijas y nueras (43,5 hijas y 7,5 nueras) y el 6 por 100 son hijos y yernos (5,8 hijos y 0,2 yernos). INSERSO: *Cuidados en la vejez. El apoyo informal*, Madrid (INSERSO), 1995, págs. 55-56.

Sobre la necesidad de establecer bonificaciones por cuidado de otras personas destinadas a poner fin a las desventajas que sufren las mujeres por dedicarse a una actividad no remunerada, LUCKHAUS, L.: "Igualdad de trato, protección social y seguridad de ingresos de las mujeres", *RIT*, Vol. 119, núm. 2, 2000, pág. 195.

⁴⁶⁰ TORTUERO PLAZA, J.L.: "Las excedencias (en torno al art. 46)", cit., pág. 971.

importancia de otras iniciativas como, de un lado, el establecimiento de un "Plan Integral de Apoyo a la Familia" donde el Estado aporte servicios sociales de apoyo y de ayuda a domicilio con la puesta en práctica de un amplio servicio de teleasistencia domiciliaria (una buena fuente de inspiración puede encontrarse en el Acuerdo 9/2004, de 22 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la estrategia regional para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral); o, de otro, el establecimiento de compensaciones fiscales para aquellos empresarios que ofrezcan a sus empleados centros de día gratis o a precio reducido⁴⁶¹ (de ello es consciente la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, pues su art. 16.6 prevé el establecimiento de incentivos a aquellas empresas que "realicen acciones positivas de conciliación de la vida familiar y laboral").

En este sentido, se puede decir que el legislador se ha quedado nuevamente a las puertas de implantar una verdadera "revolución doméstico-familiar" en el seno del hogar, ya que para intentar hacer más efectivo el uso masculino de la excedencia por cuidado de familiares debería haber dispuesto, como mínimo, el disfrute obligatorio o al menos preferente de la excedencia por el trabajador varón cuando entre éste y el familiar necesitado de cuidados exista relación de consanguinidad, siempre y cuando queden cubiertas mínimamente las necesidades de manutención de la familia con los ingresos obtenidos por el trabajo de la mujer o de otros integrantes de la misma. Tal previsión, sin embargo, entroncaría más, si cabe, en el carácter simbólico de la medida que en la verdadera incidencia práctica de la misma, pues la mentalidad socio-familiar de nuestro país no ha evolucionado a la par de los vertiginosos cambios que se han producido en nuestra sociedad⁴⁶².

⁴⁶¹ LOPERA CASTILLEJO, M.J.: "La protección laboral de los casos de parto, adopción y acogimiento múltiples tras la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., pág. 915.

⁴⁶² MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y Trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., págs. 182-183.

Insistiendo sobre esta misma idea, la importancia social de las actividades de cuidado y atención de la familia que se llevan a cabo en el hogar, pese a que su valor económico y social se ignora por completo, puede justificar que el tiempo dedicado a la atención de la familia sea capaz de generar derechos propios de protección social, como alternativa a los derechos de prestación social de carácter derivado. Por ello, la consideración en la carrera "asegurativa" del tiempo dedicado al cuidado familiar resultaría indispensable para asegurar una igualdad laboral real de las mujeres. El reconocimiento de modalidades no contributivas de la prestación por hijo a cargo o de las prestaciones de pago único por nacimiento de hijo a partir del tercero o por parto múltiple, muestran una interesante línea de tendencia que podría llevar, pues, a una consideración autónoma de la protección social de las tareas del hogar, aunque no sean formalmente retribuidas.

En fin, mientras la protección a la familia no se acompañe de mecanismos que compensen la pérdida de ingresos que provocan (aun cuando ayudas como las establecidas por la Junta de Castilla y León mejoran obviamente la situación de partida), no será más que un artificio vacío de contenido. Cabe esperar, por ello, una mayor implicación de los poderes públicos que, por expreso mandato de los arts. 49 y 50 CE deben amparar el bienestar de los menores, minusválidos o ancianos con independencia de las obligaciones familiares. Un plan de atención a la dependencia que combine la prestación pública con la concertación privada de este servicio generará cuantiosos empleos, al tiempo que favorecerá la inserción laboral de mujeres con poca o mucha cualificación profesional, eliminando el injusto y absurdo gravamen que pesa sobre ellas.

5.- LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DE EMBARAZADAS Y EN SITUACIÓN DE LACTANCIA

5.1.- La necesidad de tomar en cuenta la eventual presencia de gestantes en la evaluación de riesgos

Sobre el empresario pesa la obligación básica (art. 16 LPRL) de planificar la acción preventiva en la empresa, para lo cual será indispensable la previa evaluación de los riesgos existentes en la misma y en cada concreto puesto de trabajo --para algunos la obligación más importante de cuantas establece la LPRL, por ser el punto de partida del resto de obligaciones concretas⁴⁶³--, así como su posterior actualización a través de evaluaciones sucesivas cuando los cambios en las condiciones de trabajo así lo exijan⁴⁶⁴.

En efecto, en este trámite, primero, es imprescindible tomar en consideración --de nuevo, como manifestación de la obligación general reseñada-- las circunstancias específicas del trabajador que ocupa cada puesto concreto, habida cuenta éste, por sus peculiares características, puede verse afectado por factores cuya nocividad viene referida en exclusiva a su concreta situación o persona, y por ello tal vez inocuos para otro trabajador. Advertido lo anterior, no queda satisfecho el legislador y procede, además, a establecer normas adicionales sobre la evaluación de riesgos para supuestos particulares, imponiendo al empresario la exigencia de tener en cuenta en sus evaluaciones la presencia de trabajadores especialmente sensibles, de trabajadores menores de dieciocho años, o, por lo que aquí interesa, de mujeres embarazadas o en situación de parto reciente⁴⁶⁵.

⁴⁶³ FERNANDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid (Dykinson), 1996, pág. 128; GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996, pág. 171 o GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 287.

⁴⁶⁴ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., págs. 5820-5821.

⁴⁶⁵ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5821.

Así, el empresario, junto a la evaluación general de riesgos, vendrá obligado (*voluntas legis*) a realizar ciertas evaluaciones específicas respecto de ciertos colectivos de trabajadores, entre ellos las mujeres en las situaciones reseñadas⁴⁶⁶, si bien, en realidad --y por ser más exactos--, el empresario no va a realizar evaluaciones específicas referidas a riesgos en caso de embarazo, sino que tal evaluación formará parte de la que cabría denominar evaluación ordinaria, tal y como cabe deducir del propio art. 26.1 LPRL ("la evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender...") y del art. 16.2 a) LPRL (la evaluación de riesgos "se realizará, con carácter general, ..., y en relación con aquellos [trabajadores] que estén expuestos a riesgos especiales")⁴⁶⁷.

De este modo, "el hecho de que la mujer embarazada pertenezca a un grupo de riesgo obliga al empresario a realizar una evaluación exhaustiva y rigurosa de los posibles riesgos que pueden derivar de cada puesto de trabajo"⁴⁶⁸, no en vano y "sin género de dudas, la exposición de la mujer a los riesgos se multiplica y diversifica con ocasión de las situaciones biológicas anudadas a la maternidad (esto es, el 'embarazo o gravidez' y la 'lactancia o puerperio'), realidad que por sí sola justifica que deba recabarse por el ordenamiento jurídico una estrecha vigilancia del medio ambiente laboral y de su posible influencia en el proceso de gestación y postparto, tanto para preservar la salud de la trabajadora como la del feto y/o hijo"⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 2ª edición, Madrid (Civitas), 1998, pág. 229.

⁴⁶⁷ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 288.

⁴⁶⁸ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", *AS*, núm. 21, 2000, pág. 47.

⁴⁶⁹ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: "La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria", *AS*, 1998, T. V, pág. 810.

Por tanto, la evaluación, en la cual, como queda dicho, debe ser incluida todo lo relativo a los riesgos a que puedan verse sometidas las trabajadoras embarazadas, "no ha de adoptarse sólo en caso de un riesgo cierto, sino también cuando los riesgos sean simplemente potenciales"⁴⁷⁰, es decir, ha de realizarse aun cuando en dicho momento no exista trabajadora alguna en tal estado, habida cuenta tal eventualidad puede surgir en cualquier momento posterior⁴⁷¹.

En este sentido, la acción protectora potencial tiene su inicio aún antes del embarazo⁴⁷², si bien las medidas concretas de protección de la trabajadora embarazada contenidas en el art. 26 LPRL (adaptación de sus condiciones de trabajo, cambio de puesto, dispensa del trabajo...), aun cuando parten de la previa evaluación de los riesgos, no despliegan sus efectos en tanto no exista una situación de embarazo real.

Es más, el empresario no ha de adoptar medida alguna al respecto --a salvo la evaluación-- mientras no tenga conocimiento del estado de la trabajadora, sea por vía directa (comunicación de la propia trabajadora), sea por vía indirecta (comunicación de un tercero --trabajador de la empresa o no--⁴⁷³, pues "en virtud del

⁴⁷⁰ PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., págs. 69-70.

⁴⁷¹ Se trata de una evaluación de carácter general y abstracto que pretende únicamente determinar los riesgos objetivables. MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", AS, núm. 15, 1997, pág. 494.

Mientras en otros países de nuestro entorno la concurrencia de riesgos específicos para la maternidad exigen evaluaciones puntuales en el momento en que una mujer ocupa un puesto de trabajo potencialmente peligroso para el embarazo o la lactancia (Austria o Reino Unido), "en el ordenamiento español la situación de embarazo o lactancia debe reconducirse a la de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos porque no se prevén evaluaciones puntuales cuando cambia el sexo del trabajador que lo ocupa". PEREZ DEL RIO, T. y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley), 2000, pág. 53.

⁴⁷² Se trata de "una evaluación singular que no llega a ser personalizada al tratarse a la maternidad como un género". BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A.: *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid (Lex Nova), 1997, pág. 131.

⁴⁷³ PEREZ DEL RIO, T. y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Mujer y salud laboral*, cit., pág. 62.

espíritu preventivo de la Ley, no sólo las trabajadoras afectadas, sino cualquier tercero con un interés legítimo, esto es, ante una situación en la que aquélla pueda poner en situación de peligro la propia integridad física de este tercero, podrá iniciar el procedimiento de protección de la maternidad que se prevé en el artículo 26 de la Ley⁴⁷⁴) o incluso una vez que el empresario adquiera conocimiento por ser el embarazo evidente⁴⁷⁵.

Abona tal tesis la propia Directiva 92/85 cuando establece en su art. 2 el concepto de trabajadora embarazada, señalando que se entenderá por tal "cualquier trabajadora que comunique su estado al empresario"⁴⁷⁶. Sin embargo, pese a lo adecuado --e inevitable-- de esperar a tal momento para iniciar la protección de la mujer, la propia naturaleza da lugar a problemas de difícil, por no decir imposible, solución, en la medida en que precisamente "la mayor vulnerabilidad del embrión/feto... se produce durante los tres primeros meses de embarazo", período de tiempo en el cual "no es excepcional que la mujer ignore su embarazo" o que intente ocultarlo por miedo al despido, y, por tanto, tampoco es extraño que en dicho lapso no se produzca aquella comunicación al responsable de la seguridad y salud en la empresa⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ LUQUE PARRA, M. y GALA DURAN, C.: "El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 246.

⁴⁷⁵ Efectivamente, "el empresario deberá, si detecta la existencia de riesgo para la mujer embarazada, conocido su estado por evidente, realizar los cambios oportunos para evitar dicha situación". RODRIGUEZ RAMOS, M^a.J. y PEREZ BORREGO, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en VV.AA.: *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 419.

En este mismo sentido, STSJ Madrid 18 mayo 2000 (Ar. 2651), en virtud de la cual se reconoce que "el embarazo permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18 CE) en tanto no decida en otro sentido. Consecuencias de ello serán que la protección legal a que se refiere el art. 26 LPRL no se active si la trabajadora no comunica su estado, pero si es notorio, el empresario ha de cumplir sus deberes de protección en todo caso".

⁴⁷⁶ Igualmente se entiende por trabajadora que ha dado a luz o trabajadora en período de lactancia aquélla que "comunique su estado al empresario".

⁴⁷⁷ MUÑOZ MOLTO, F.M. y GARCIA GARCIA, A.M.: "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales", *TS*, núm. 74, 1997, pág. 44.

No parece presentar duda alguna que, en estos casos, la actuación de la trabajadora es indiferente para la empresa, en cuanto que no puede generar ningún tipo de responsabilidad, aunque lo cierto es que precisamente la ocultación del embarazo pudiera trastornar en algún caso el buen funcionamiento de la empresa, dado que por no actuar en su momento se es mucho más proclive, por ejemplo, a generar bajas por enfermedad; ahora bien, pensar en la posibilidad de sancionar a la trabajadora por tal actitud sería, sin duda, tan grave como despedirla por estar embarazada⁴⁷⁸.

Volviendo a la primera obligación empresarial --evaluación--, el empresario procederá a determinar "la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto" (art. 26 LPRL) --y, "en particular, los agentes químicos, físicos y biológicos a que pueda estar sometida la trabajadora [pues] pueden provocar alteraciones cromosómicas y causar abortos espontáneos y malformaciones congénitas de origen laboral"⁴⁷⁹--. Se echa en falta, no obstante, la incorporación a la LPRL de los listados no exhaustivos de agentes, procedimientos y condiciones citados en los Anexos I y II de la Directiva 92/85⁴⁸⁰, si bien puede afirmarse la posibilidad de utilizar dichos anexos con carácter orientativo⁴⁸¹ o, incluso, el efecto directo de la Directiva en este punto⁴⁸² "hasta tanto el Gobierno no desarrolle alguna

⁴⁷⁸ NEVADO FERNANDEZ, M.J.: "El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social)" (I), cit., págs. 391-392.

⁴⁷⁹ GARCIA BLASCO, J. y GONZALEZ LABRADA, M.: "Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores", en SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., págs. 236 y 237.

⁴⁸⁰ MONTOYA MELGAR, A.: "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales", AS, núm. 13, 2000, pág. 69.

⁴⁸¹ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, cit., pág. 172.

disposición reglamentaria al respecto⁴⁸³.

Queda también "sin transcribir el art. 4.2 de la Directiva que recoge la necesaria información de los resultados de la evaluación a las mujeres concernidas (embarazadas o susceptibles de estarlo). La información sobre los resultados de las evaluaciones que, con carácter general, se recoge como obligatoria en el art. 18 LPRL, se refiere a los riesgos concretos de un puesto de trabajo y está dirigida a los trabajadores que lo ocupan, situación distinta de la que se trata aquí en que un posible riesgo genérico no afecta a trabajadores concretos sino a colectivos más amplios de los que el empresario -- muchas veces-- carece de noticias sobre su particular sensibilidad"⁴⁸⁴.

En fin, previa consulta a los representantes de los trabajadores, el empresario ha de establecer un listado de puestos exentos de riesgo, por si fuera preciso trasladar a la trabajadora (art. 26.2 LPRL), apareciendo el convenio colectivo como instrumento idóneo a tal fin⁴⁸⁵. Esta consulta es obligada para el empresario, pero el informe de los representantes no es vinculante, en tanto es el propio empresario quien ha de elaborar la citada lista, de modo que

(..continuación)

⁴⁸² JACQMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad? (Una crítica de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, sobre protección de la maternidad, y su trasposición al Derecho belga)", cit., pág. 94, en cita núm. 2; NORES TORRES, L.E.: "Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *AL*, núm. 16, 1998, pág. 306 o PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: "El futuro del derecho a la seguridad en el trabajo", en VV.AA.: *Riesgo y trabajo. Normativa y organización de la seguridad en Europa y América*, Madrid (Mapfre), 1994, pág. 67.

⁴⁸³ FERNANDEZ RAMIREZ, M.: "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., pág. 270.

⁴⁸⁴ PIZA GRANADOS, J.: "Maternidad y prevención de los riesgos laborales en la Ley 39/1999", *AS*, 1999, Tomo V, pág. 1181. Por contra, sobre la aplicación del art. 18.1 LPRL a este supuesto, LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", cit., pág. 715.

⁴⁸⁵ BONILLA BLASCO, J.: "El desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por convenio colectivo", en VV.AA.: *La nueva función de la Negociación Colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo. X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, cit., pág. 124.

en caso de desacuerdo entre el informe --recuérdese, previo pero no vinculante-- de los representantes y la decisión empresarial, el empresario "cumplirá proporcionando información razonada y justificada, sobre todo de carácter médico"⁴⁸⁶, sin perjuicio de la posibilidad de dejar la lista sin efecto caso de probar la existencia de perjuicios en los puestos en ella incluidos⁴⁸⁷. Por otro lado, la referencia a los representantes ha de entenderse hecha "tanto a los representantes unitarios o sindicales de la trabajadora afectada, como a aquéllos que pudiesen tener una responsabilidad en materia de seguridad e higiene en la empresa, y que la Ley los identifica, a su vez, como representantes de los trabajadores", en clara referencia a los delegados de prevención⁴⁸⁸.

5.2.- Medidas concretas a adoptar en materia de prevención de los riesgos laborales para la mujer en cuanto madre real o potencial

Si los resultados de la evaluación revelasen la existencia de un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras --"aunque no haya peligro cierto de que se produzca"⁴⁸⁹-- el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ FERNANDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 129.

⁴⁸⁷ Pues el principio general inspirador de la LPRL es la protección integral de la salud, ALVAREZ CORTES, J.C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F.: "La intervención de los trabajadores y sus representantes en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., págs. 435 y 436.

⁴⁸⁸ LUQUE PARRA, M. y GALA DURAN, C.: "El régimen de la movilidad funcional en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., pág. 249.

⁴⁸⁹ En otras palabras, el empresario debe dar protección tanto en aquellas situaciones de las que deriva un riesgo real y certero como en aquellas otras en que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse, sin que en este caso pueda dejarse a su libre albedrío la adopción de las medidas protectoras. MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", *AS*, núm. 21, 2000, pág. 49.

⁴⁹⁰ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", *REDT*, núm. 99, 2000, pág. 30.

(necesidad tenida en cuenta en el Decreto 203/2001, de 26 de julio, por el que se aprueba el III Plan integral de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de la Comunidad de Castilla y León, pues dentro de su capítulo 9 --área de medio ambiente y consumo-- se recoge como primer objetivo alertar "sobre los problemas que para la salud de las mujeres se derivan del uso de ciertas sustancias químicas y de la exposición a radiaciones). Tales medidas, en una enumeración no exhaustiva sino meramente enunciativa, pues en ningún caso impide la adopción de cualesquiera otras tendentes a evitar la exposición de la trabajadora al riesgo⁴⁹¹, se estructuran, de forma subsidiaria, en los tres niveles siguientes:

En el primer nivel de protección aparece la adaptación provisional de las condiciones de trabajo del propio puesto de trabajo o función que realiza la trabajadora habitualmente⁴⁹². "Esta adaptación del trabajo a la singular situación de la trabajadora se verifica a través de las condiciones de trabajo y, expresamente, del tiempo de trabajo y, en cierta forma, se lleva a cabo, por así decirlo, sobre el terreno, sin movilidad funcional o geográfica que innove el contenido del contrato"⁴⁹³. Eso sí, cuando fuere necesario, las innovaciones incluirán la no realización del trabajo nocturno o de trabajo a turnos (art. 26.1 *in fine*)⁴⁹⁴.

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, no pudiera

⁴⁹¹ GARCIA BLASCO, J. y GONZALEZ LABRADA, M.: "Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores", en SEMPERE NAVARRO, A.V., *et alii*: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., pág. 237.

⁴⁹² HERRAIZ MARTIN, M.S.: "La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (Novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *TS*, núm. 118, 2000, pág. 30.

⁴⁹³ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", cit., pág. 30.

⁴⁹⁴ MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 495.

evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en el art. 26.2 LPRL y que comporta la entrada en escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose un cambio de destino⁴⁹⁵. Pide la norma, en este caso, que la trabajadora pase a ocupar "un puesto de trabajo o función diferente" --también provisionalmente-- a fin de poder compatibilizar el cumplimiento de sus obligaciones laborales --ahora novadas-- y el adecuado desarrollo de su proceso de gestación⁴⁹⁶.

En tercer y último lugar, en aquellos supuestos en los que no fuera materialmente posible, o ni siquiera razonablemente exigible, el cambio de las condiciones de ejecución del puesto de trabajo habitual y tampoco la movilidad funcional o accesorio, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo [contemplada en el art. 45.1 d) ET] durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 26.3 LPRL en su nueva redacción otorgada por la Ley 39/1999).

Sea como fuere, la adopción de unas u otras medidas depende del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la capacidad organizativa de la empresa, siendo en todo caso obligatorias [no pudiendo la trabajadora renunciar de ningún modo o manera a ellas⁴⁹⁷ (habida cuenta la propia finalidad de la norma, cuya aspiración no sólo es la de

⁴⁹⁵ SANTOS FERNANDEZ, R.I.: "Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo", *RTL*, núm. 72, 1997, págs. 255 y ss.

⁴⁹⁶ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", *cit.*, pág. 31.

⁴⁹⁷ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", en VV.AA (CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LOPEZ, M.C. y VALDES DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid (La Ley), 1997, pág. 44 o GARCIA BLASCO, J. y GONZALEZ LABRADA, M. en SEMPERE NAVARRO, A.V., *et alii: Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, *cit.*, pág. 229.

proteger a la trabajadora sino también al feto o hijo de ésta⁴⁹⁸], y temporales, no en vano su existencia está ligada a una situación transitoria como es el embarazo, el parto o la lactancia⁴⁹⁹.

5.2.1.- Adaptación del trabajo al estado de gravidez

Cuando el empresario detecte en aquella evaluación específica la presencia de factores que pudieran repercutir negativamente (sin alusión legal a intensidad o gravedad alguna, de modo que el mecanismo protector de la mujer embarazada se pondrá en marcha con el sólo hecho de que "los resultados de la evaluación revelasen un riesgo... o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia"⁵⁰⁰) en la salud de la trabajadora o del hijo (con triple finalidad protectora: "su propia situación física que puede desencadenar accidentes o enfermedades, el hijo que espera o el que ha tenido"⁵⁰¹), deberá adaptar las condiciones laborales de la mujer⁵⁰², en clara manifestación del principio de adaptación del puesto de trabajo al trabajador⁵⁰³, a fin de evitar su exposición al

⁴⁹⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 293.

⁴⁹⁹ MORENO GENE, J.; ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A.: "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 495.

⁵⁰⁰ SAGARDOY DE SIMON, I. : "Artículo 26", en VV.AA. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 145; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", cit., pág. 43; GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 172.

⁵⁰¹ BURGOS GINER, M^a.A.: "Protección especial de determinados colectivos", en VV.AA. (GARCIA NINET, J.I., Dir.): *Lecciones sobre la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Castellón de la Plana (Universidad Jaime I), 1997, pág. 131.

⁵⁰² El cambio de condiciones deberá de ser entendido, por una parte, en el sentido que indica el art. 4.7 LPRL, esto es, condiciones materiales de las instalaciones (letra a), condiciones medioambientales (letra b) y ciertas características del trabajo (letra c), y, por otra, de acuerdo con lo previsto en el art. 3.2 y 41 ET. LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *TS*, núm. 115, 2000, pág. 31.

⁵⁰³ SAGARDOY DE SIMON, I.: "Artículo 26" y FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Disposición adicional undécima", ambos en VV.AA. (IGLESIAS CABERO, M., Coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., págs. 154 y 358, respectivamente. Igualmente, GONZALEZ LABRADA, M. y VALLEJO DACOSTA, R.: "Las condiciones no materiales de trabajo y su incidencia en los poderes empresariales", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del*

riesgo reconocido⁵⁰⁴.

La LPRL es clara al respecto: "el empresario adoptará las medidas necesarias..., a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo", lo cual no deja de resultar curioso, habida cuenta el tiempo de trabajo no es sino una condición de trabajo más y ya el art. 36.4 ET había previsto la posibilidad de que los trabajadores nocturnos con problemas de salud derivados de la ejecución de su trabajo en tal horario (entre los cuales podría incluirse a la trabajadora embarazada) fueran cambiados de puesto de trabajo⁵⁰⁵.

Específicamente prevé el legislador que entre dichas medidas (previa certificación médica que acredite el riesgo, se entiende)⁵⁰⁶ puede quedar incluida la no realización de trabajo nocturno (ante el silencio de la Ley cabe entender con traslado a un trabajo diurno⁵⁰⁷) o de trabajo a turnos, en la medida en que la necesidad de variar las condiciones de trabajo de la mujer embarazada puede derivar de "condiciones no materiales de trabajo", como son aquéllas cuyo efecto negativo encuentra reflejo en estados de fatiga mental y física⁵⁰⁸, razón por la cual es coherente este especial hincapié legal
(..continuación)

Trabajo y Relaciones Laborales, cit., pág. 193 y ss.

⁵⁰⁴ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5822.

⁵⁰⁵ HERRAIZ MARTIN, M.S.: "La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (Novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *TS*, núm. 118, 2000, pág. 30.

⁵⁰⁶ SANTOS FERNANDEZ, R.I.: "Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo", cit., pág. 265 o RODRIGUEZ RAMOS, M^a.J. y PEREZ BORREGO, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *RTL*, núm. 72, 1997, pág. 422.

⁵⁰⁷ RODRIGUEZ RAMOS, M^a.J. y PEREZ BORREGO, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 422 o SANTOS FERNANDEZ, R.I.: "Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo", cit., pág. 265.

⁵⁰⁸ La necesidad de cambiar a la trabajadora a un horario diurno o de señalar para ella un horario fijo viene efectivamente justificada por la "especial tensión física y mental" del trabajo nocturno o a turnos, "lo cual implica una mayor frecuencia en los partos prematuros y abortos". GORELLI HERNANDEZ,

respecto al tiempo de trabajo y, concretamente, la posibilidad de no realización de trabajo nocturno o a turnos⁵⁰⁹.

No obstante lo cual, la LPRL tampoco impide que las embarazadas realicen su trabajo bajo alguna de las citadas modalidades sino simplemente contempla la posibilidad de adoptar estas concretas medidas [prohibición de las mismas] "cuando resulte necesario", situación muy diferente a las prohibiciones absolutas de emplear a embarazadas en tareas en las cuales puedan quedar expuestas a determinados agentes como el benceno o el plomo⁵¹⁰, o a aquellas prohibiciones establecidas por convenio colectivo⁵¹¹. Así pues, no cabe confundir la prohibición del trabajo nocturno a las embarazadas con la prohibición de dicho trabajo a las mujeres en general, como bien es afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al declarar incumplidas las obligaciones de la Directiva 76/207 (modificada por la Directiva 2002/73) por "la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres en la industria, siendo así que no existe una prohibición similar para

(..continuación)

J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 291, citando a PEREZ ALENCART, A.: *El derecho comunitario europeo de la Seguridad y la Salud*, Madrid (Tecnos), 1993, pág. 164. Igualmente, CAVAS MARTINEZ, F.: "Maternidad y salud laboral", *Salud y Trabajo*, núm. 113, 1996, pág. 59.

En cuanto hace al trabajo a turnos, "en el contexto psicosocial, este tipo de trabajo tiende a ser más peligroso", en la medida en que "los turnos tienen sus efectos sobre los ritmos fisiológicos del organismo. El ritmo circadiano tarda mucho tiempo en cambiar y también mucho tiempo en volver luego a la normalidad. Hay profundos cambios en las hormonas y en los mecanismos de inmunidad (autodefensa), así como perturbaciones en el sueño; además de tener efectos sobre la calidad de vida, y las relaciones de vida social y de familia. El trabajador por turnos [y, cómo no, también el trabajador nocturno] está esencialmente excluido de la participación en un mundo que vive de día". CALATAYUD SARTHOU, A. y CORTES VIZCAINO, C.: *Curso de salud laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 343.

⁵⁰⁹ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?", cit., pág. 5822.

⁵¹⁰ GARCIA BLASCO, J. y GONZALEZ LABRADA, M.: "Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores", en SEMPERE NAVARRO, A.V., *et alii: Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, cit., pág. 238 o MUÑOZ MOLTO, F. y GARCIA GARCIA, A.M.: "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales", *TS*, núm. 74, 1997, pág. 43, quienes recuerdan cómo, en este punto, la LPRL se aparta de la regulación contenida en el art. 7.1 Directiva 92/85.

⁵¹¹ Como ocurre en el art. 31 C.C. Contratas Ferroviarias 1999 (BOE 21 julio 1999).

los hombres"⁵¹² o, en sentido análogo, cuando afirma que "el artículo 5 de la Directiva 76/207 se opone a que un Estado miembro que prohíbe el trabajo nocturno tanto a los hombres como a las mujeres mantenga regímenes de excepciones distintos que se diferencian fundamentalmente por el procedimiento de adopción de las mismas y por la duración del trabajo nocturno autorizado, puesto que tal diferencia no está justificada por la necesidad de garantizar la protección de la mujer, en particular en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad"⁵¹³. "Estamos, por tanto, en una regulación radicalmente diferente a aquella de origen paternalista a la que con anterioridad nos hemos referido, que impedía con carácter general el trabajo nocturno... a las trabajadoras, con lo que conseguía un ámbito de trabajo absolutamente masculino en el cual la mujer tenía vedada la entrada"⁵¹⁴.

Con todo, aun cuando la posibilidad de prohibición del trabajo nocturno o a turnos venga referido en exclusiva a la situación de embarazo, ello no impide el desencadenamiento de abundantes problemas de difícil solución. En este sentido, procede traer a colación, en primer lugar, las graves dificultades derivadas de la falta de previsión legal respecto a los derechos retributivos de la trabajadora que venía realizando su labor bajo alguno de estos sistemas, habida cuenta parece ser que sufrirá un perjuicio económico por cuanto dejará de percibir los complementos previstos para los mismos. Este resultado económico perjudicial

⁵¹² STJCE 197/96, de 13 marzo 1997, asunto *Comisión contra Francia*. Tal resolución es lógica en la medida en que el propio Tribunal de Justicia ha afirmado en numerosas ocasiones la posibilidad de cláusulas en tal sentido cuando de proteger la maternidad se trate, pero no así cuando la prohibición venga referida sin más a la mujer en cuanto tal; por todas, STJCE 345/1989, de 25 de julio de 1991, asunto *Stoeckel*.

⁵¹³ STJCE 158/91, de 2 agosto 1993, asunto *Jean-Claude Levy* o 13/93, de 3 febrero 1994, asunto *Onem contra Madeleine Minne*.

⁵¹⁴ GORELLI HERNANDEZ, J.: "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 763. En la doctrina italiana, MONACO, C.: "Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitaire", *Il. Dir. Lav.*, núm. 4, 2000, págs. 277 y ss.

para la mujer es totalmente indeseado tanto por el legislador comunitario como por el español, pues ambas normas, tanto la comunitaria como la nacional, sobre protección de la maternidad de las trabajadoras frente a riesgos de seguridad y salud en el trabajo, descansan sobre la asimilación de tres pilares: 1) en una sociedad civilizada es normal que las mujeres puedan tanto desarrollar una actividad profesional como tener hijos; 2) las condiciones de trabajo no pueden amenazar ni a la madre ni al hijo; y 3) la situación de embarazo --o lactancia-- no debe conllevar la pérdida del empleo, ni pérdidas económicas⁵¹⁵.

En segundo término, no cabe olvidar tampoco que en la medida en que las adaptaciones del puesto o del tiempo de trabajo pueden implicar gastos al empresario, hubiera resultado deseable el otorgamiento de subvenciones públicas que sirvieran para financiarlas. "De este modo, se conseguiría el doble objetivo de minimizar los posibles perjuicios que la maternidad puede ocasionar para la mujer trabajadora y traspasar del empresario al Estado los costes relacionados con la maternidad (lo que se ha hecho en algunos aspectos pero no evidentemente en todos)"⁵¹⁶.

En tercer lugar, procede recordar también el complejo dilema al que hubo de hacer frente el Tribunal de Justicia cuando, por falta de conocimiento del embarazo de la mujer se formalizó un contrato de trabajo para cubrir un puesto expresamente definido como nocturno bajo un sistema legal estatal en el cual existía una prohibición de trabajo nocturno para mujeres en tal estado, surgiendo la duda sobre si tal contrato debería ser declarado nulo debido al error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento de celebración. Este interrogante fue resuelto por el Tribunal en el sentido de considerarlo "contrario al objetivo de protección que persigue la Directiva [76/207/CEE]", pues "admitir que el contrato pueda ser declarado nulo o impugnado a causa del

⁵¹⁵ JACQMAIN, J.: "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?...", cit., pág. 97.

⁵¹⁶ PEREZ DEL RIO, T. y BALLESTER PASTOR, A.: *Mujer y salud laboral*, cit., págs. 55-56.

impedimento temporal de la trabajadora por cuenta ajena embarazada" conllevaría privar "de efecto útil a dicha disposición"; en conclusión: "la ruptura de un contrato de duración indeterminada debido al embarazo de la trabajadora, ya sea como consecuencia de la nulidad o de una impugnación, no puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno"⁵¹⁷.

5.2.2.- El recurso a la movilidad funcional

De no ser posible la citada modificación, o cuando pese a ser factible no sea suficiente para eliminar el riesgo, la trabajadora deberá ser trasladada a un puesto compatible con su estado para lo cual el empresario, consultando previamente a los representantes de los trabajadores, debe haber elaborado la lista de puestos destinados a tal fin⁵¹⁸. El procedimiento para el cambio de puesto o función (aspecto que ha centrado la atención de la negociación colectiva, hasta el punto de dirigir su regulación sobre la prevención de riesgos atinentes a la situación de embarazo casi en exclusiva a esta cuestión) será el de la movilidad funcional (art. 26.2.pfo 2º LPRL, poniendo énfasis en el carácter temporal del cambio de puesto, al establecer que "tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior"), recurriendo, en primer lugar, a la movilidad funcional ordinaria (dentro del mismo grupo o categoría equivalente) y, si esta vía no es posible, a la movilidad extraordinaria (dentro de otro grupo o categoría --sustituyendo las razones sanitarias a las técnicas y organizativas del art. 39.2 ET⁵¹⁹--), en cuyo caso conservará el derecho a la retribución de su puesto de origen.

⁵¹⁷ STJCE 421/92, de 5 de mayo de 1994, asunto *Gabriele Habermann-Beltermann*.

⁵¹⁸ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 134.

⁵¹⁹ MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 120.

Varios son los problemas derivados de la falta de concreción del precepto en cuanto hace a los siguientes aspectos: la remuneración a percibir por la mujer si de una movilidad ascendente se trata (es decir, a un puesto superior y mejor remunerado); la posibilidad o no de desplazamiento de la trabajadora o la necesidad de certificado médico no sólo, tal y como recoge la Ley, para proceder al traslado de puesto sino también en el momento del retorno. Al respecto cabe sentar:

1.- En cuanto a lo primero, pese a la dicción literal del art. 26 LPRL ("la trabajadora... conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen"), parece adecuado pensar que lo allí previsto será de aplicación cuando la mujer sea trasladada a un puesto de inferior categoría; ahora bien, si la trabajadora va a realizar funciones superiores procederá entender que tiene derecho a percibir retribución correspondiente a las mismas, tal y como señala el art. 39.3 ET⁵²⁰ ("derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen")⁵²¹, en solución adecuada para prevenir un enriquecimiento injusto por parte del empresario⁵²².

La cuestión de cuál ha de ser la retribución concreta a percibir por la trabajadora trasladada plantea, además de los citados, otros problemas de difícil solución. Así, cuando el precepto en análisis afirma que la trabajadora "conservará el derecho al conjunto de

⁵²⁰ GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., págs. 174 y 175; MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 120; GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 300 y 301; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", cit., pág. 46; MUÑOZ MOLTO, F.M. y GARCIA GARCIA, A.M.: "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales", cit., pág. 44 o NORES TORRES, L.E.: "Maternidad y trabajo...", cit., pág. 310.

⁵²¹ MONTOYA MELGAR, A.: "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales", cit., pág. 71.

⁵²² SAGARDOY DE SIMON, I.: "Artículo 26", cit., pág. 147.

retribuciones de su puesto de origen" deja sin resolver cómo habrán de ser tratados los complementos exclusivos de su puesto de trabajo de procedencia, tal y como quedó dicho al hacer referencia a la posibilidad de que la adaptación de las condiciones de trabajo de la mujer conlleve la no realización de trabajo nocturno o a turnos con la consiguiente pérdida de los emolumentos derivados de tal sistema de trabajo. En este sentido, "si la norma pretende garantizar la totalidad de las cantidades que la trabajadora viniera percibiendo, hubiera sido deseable la utilización de una expresión que no genere incertidumbres, tal como totalidad, promedio, etcétera"⁵²³ o, mejor, una regulación mucho más acabada de la cuestión, contemplando expresa e independientemente los efectos económicos de movilidad ordinaria y de movilidad extraordinaria, incluida la referencia a los citados complementos de puesto de trabajo.

2.- Sobre si el cambio de puesto de la trabajadora podría acarrear simultáneamente un desplazamiento, cuestión no resuelta por la Ley, parece que tal posibilidad "supondría una alteración de la finalidad protectora del precepto y podría tener efectos negativos sobre la trabajadora"⁵²⁴, no obstante lo cual, y a falta de previsión legal, cabría proceder, en principio, al cambio de centro, salvo afirmación en contrario contenida en convenio colectivo. Ahora bien, la norma paccionada puede tanto limitar la movilidad al ámbito del centro de trabajo o de la localidad donde la trabajadora preste sus servicios⁵²⁵, cuanto contemplar la posibilidad de

⁵²³ BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A.: *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid (Lex Nova), 1997, pág. 31. Algunos autores, sin embargo, deducen directamente de la expresión "conjunto", empleada por la Ley, la posibilidad de inclusión de los complementos que pudiera tener el puesto de origen, GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", cit., pág. 46.

⁵²⁴ BURGOS GINER, M^a.A.: "Protección especial de determinados colectivos", cit., pág. 134 o RODRIGUEZ RAMOS, M^a.J. y PEREZ BORREGO, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 425.

⁵²⁵ Art. 5 C.C. Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo 1998 (BOE 11 diciembre 1998).

desplazamiento a otra población⁵²⁶, pues, al no existir referencia alguna a la cuestión en la LPRL, la autonomía colectiva goza de gran libertad, incrementada por el carácter meramente temporal de la situación.

3.- Para el cambio de puesto de trabajo constituye condición *sine qua non* la certificación médica (constatando los efectos negativos que las condiciones de trabajo puedan acarrear para la trabajadora, o el hijo, claro está) de los "Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora", lo cual excluye, sin paliativos, la posibilidad de certificación expedida por un médico de asistencia privada⁵²⁷ (art. 26.2 LPRL).

La nueva redacción otorgada a este precepto por la Ley 39/1999 suprime la potestad del médico "que en el régimen de Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora"⁵²⁸ para elaborar este tipo de certificado, tal y como recogía el enunciado de la versión original del art. 26.2 LPRL. Tal medida de reforma (que sigue impidiendo que sea un médico privado --más próximo y de confianza de la trabajadora-- el sujeto legitimado para erradicar el peligro)⁵²⁹ ha sido adoptada, sin duda, en interés de la "seriedad" y a fin de eludir el fraude, razón por la cual no admite la suficiencia del certificado proveniente del médico

⁵²⁶ Art. 31 C.C. Contratas Ferroviarias 1999 (BOE 21 julio 1999).

⁵²⁷ RODRIGUEZ RAMOS, M^a.J. y PEREZ BORREGO, G.: "Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 421 o FERNANDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención...*, cit., pág. 129.

⁵²⁸ Sea médico de medicina general, sea ginecólogo, habida cuenta la falta de especificación de la Ley. FERNANDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 129.

⁵²⁹ HERRAIZ MARTIN, M.S.: "La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (Novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 31.

del Servicio Nacional de la Salud que pueda estar asistiendo a la embarazada, considerando menor su "seriedad y oficialidad" y realzando el papel de la "apreciación médica oficial"⁵³⁰.

Así pues y en aras de una mayor objetividad e imparcialidad, el trámite se desdobra en dos fases: el médico "de la Sanidad Pública" sólo tiene competencia para emitir informe, preceptivo pero no vinculante⁵³¹, por lo que serán los servicios médicos del INSS o Mutuas los que tengan la última palabra, en caso de discrepancia, a través de la emisión del correspondiente certificado⁵³².

Ello no obsta, sin embargo, para que un importante sector de la doctrina continúe considerando tal exigencia como "excesiva"⁵³³, pues "al exigirse la intervención tanto del facultativo del régimen de la Seguridad Social aplicable que asista a la trabajadora como la de los servicios médicos del INSS o, en su caso, de la Mutua, lo que se produce en realidad es una mayor burocratización en el régimen de

⁵³⁰ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", cit., pág. 45.

⁵³¹ Con ello podríamos encontrarnos con una certificación de un médico del INSS (Entidad a quien se encomienda la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social), declarando, por ejemplo, la inexistencia de un riesgo, por la realización de una determinada actividad, para la mujer trabajadora y/o su feto, con un informe previo de un facultativo del Servicio de Salud (al que le está encomendado velar por la salud de los ciudadanos y por la dispensación de las correspondientes prestaciones sanitarias), reconociendo esa existencia de riesgo. PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., pág. 76.

⁵³² MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 49. La exigencia de que el informe fuese emitido por el médico que, en el régimen de la Seguridad Social aplicable, correspondiese a la trabajadora admitía --ya antes de la Ley 39/1999-- una clara excepción, la de las funcionarias integradas en los regímenes especiales de la Seguridad Social (incluidas en el ámbito de la LPRL). Ciertamente, no cabe olvidar que estas funcionarias pueden optar por que la asistencia sanitaria la presten compañías privadas, como ocurre cuando esos regímenes son gestionados, por ejemplo, por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. RODRIGUEZ RAMOS, M^a.J. y PEREZ BORREGO, G.: "Grupos especiales de riesgo en la ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 422.

⁵³³ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 33.

traslado de puestos⁵³⁴.

De otro lado, no se entiende bien el hecho de que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales puedan certificar la existencia del riesgo, pues, en la medida en que pueden actuar como servicios de prevención en aquellas empresas que así lo hayan concertado, "se puede producir una situación, cuando menos extraña:... el médico de la empresa, en este caso perteneciente a la Mutua, no es competente ni siquiera para emitir el primer informe al que se refiere el art. 26.2 LPRL, ya que éste se reserva al médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, y se le estaría permitiendo la emisión del certificado final"⁵³⁵.

Tampoco se entiende "la necesidad de participación de los servicios médicos del INSS en esta fase, ya que en este supuesto de acreditarse riesgos para la salud, la mujer no tiene acceso a la suspensión del contrato y a la correspondiente prestación por riesgo durante el embarazo, sino que debe procederse en primer lugar al cambio de funciones o puesto de trabajo de la trabajadora afectada"⁵³⁶. "Sería más lógico que la participación del INSS en la declaración de existencia de riesgo se situase en una fase procedimental posterior, es decir, en la que tras detectar la imposibilidad de cambio de puesto de trabajo, se proceda al reconocimiento de la prestación de Seguridad Social, pero no en la fase previa puesto que en la misma no nace el derecho a la prestación sino sólo al cambio de puesto"⁵³⁷. Además, "no cabe

⁵³⁴ RIVAS VALLEJO, M.P.: "La relación entre trabajo y familia: la Ley 39/1999, una reforma técnica", *TS*, núm. 108, 1999, págs. 29-30.

⁵³⁵ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 33.

⁵³⁶ MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 75.

⁵³⁷ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 60.

obviar tampoco las posibles consecuencias que la certificación del médico del INSS puede generar para éste, pues, según sea positiva o negativa, aquélla podrá dar lugar a reclamaciones por parte del empresario o trabajadora que estén disconformes con la misma, (de modo que) la certificación del médico del INSS sirve para crear una serie de derechos y obligaciones para terceros en relación con un ámbito competencial ajeno al propio del organismo en cuestión, cual es la gestión de las prestaciones económicas de Seguridad Social⁵³⁸.

Por último, "en modo alguno se resuelve con la nueva redacción del precepto, el problema preventivo que plantea la elaboración de dicho certificado ya que para hacerlo correctamente sería necesario el conocimiento de dos factores indispensables para apreciar las reales circunstancias de riesgo que se presentan en el caso concreto: la situación de riesgo existente en la empresa y la sensibilidad a esos riesgos de la trabajadora"⁵³⁹. Se ha desaprovechado, por tanto, la oportunidad de hacer intervenir, de alguna manera, a los servicios de prevención que actúen en la empresa⁵⁴⁰, únicos conocedores (con la apreciación del médico tratante) del conjunto de los factores que inciden en el riesgo⁵⁴¹.

4.- Habida cuenta la exigencia legal de certificado médico

⁵³⁸ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 50.

⁵³⁹ PIZA GRANADOS, J.: "Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999", cit., pág. 1183. En el mismo sentido crítico pero en relación con la versión original del art. 26.2 LPRL, SAGARDOY DE SIMON, I.: "Artículo 26", cit., pág. 146; MUÑOZ MOLTO, F.M. y GARCIA GARCIA, A.M.: "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales", cit., pág. 43; NORES TORRES, L.E.: "Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 309 ó GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 173.

⁵⁴⁰ No en vano el art. 37.3.g) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el cual se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, otorga competencia al personal sanitario del servicio de prevención para el estudio y valoración de "los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente", proponiendo "las medidas preventivas adecuadas".

⁵⁴¹ PIZA GRANADOS, J.: "Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999", cit., pág. 1183.

para poder iniciar el proceso de movilidad funcional, cabría preguntarse si también es necesario en el momento de retorno de la trabajadora a su puesto originario. En este sentido parece lógico pensar que, así como se exigió la certificación facultativa determinando la existencia de riesgo para poder proceder a la movilidad, también será preciso recurrir al criterio del facultativo para concluir la desaparición del riesgo⁵⁴², interpretación ésta, por lo demás, acorde con otros sectores del ordenamiento laboral --así, el mecanismo de partes de baja, confirmación y alta de la incapacidad⁵⁴³--.

Como consecuencia lógica de lo anterior, en el caso de la movilidad funcional extraordinaria no van a jugar los plazos temporales del art. 39.4 ET como criterios de medición (como se sabe, seis meses en un año u ocho meses en dos años) del tiempo máximo en que pueden desarrollarse funciones superiores al margen del grupo o categoría equivalente pactado, cuya superación abre la posibilidad de reclamar el ascenso profesional o la cobertura consolidada del puesto de trabajo realmente ocupado⁵⁴⁴. En todo caso, la trabajadora, pasado el riesgo, volverá a su puesto original sin posibilidad de consolidarse en el nuevo aun cuando lo desempeñe durante un lapso de tiempo considerable.

Tal es así, "por cuanto la naturaleza de la movilidad funcional aquí enjuiciada es necesariamente temporal y depende de la coyuntura del proceso gestacional, post-parto y de lactancia (tal es su causa: los posibles perjuicios para la salud que pudiera ocasionar el puesto de trabajo durante el embarazo o post-parto de la mujer), razón que tampoco justifica la solicitud de ascenso. Ahora bien,

⁵⁴² SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", cit., pág. 35.

⁵⁴³ NORES TORRES, L.E.: "Maternidad y trabajo...", cit., pág. 310. En idéntico sentido, MOLINA GARCIA, M.: "La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., págs. 294 y 295.

⁵⁴⁴ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 136.

situación distinta es si, por razones congénitas o secuelas derivadas del parto o de la gestación (por ejemplo, la aparición de unos fibromas uterinos que, con la exposición a determinados factores de riesgo, puedan generar la esterilidad futura de la trabajadora), el estado biológico de la mujer pierda de por vida su inmunidad frente a los riesgos del puesto de trabajo originariamente ocupado, en cuyo caso el principio de adaptación del trabajo a la persona generaría... el derecho de la trabajadora a ocupar definitivamente el puesto transitoriamente desempeñado u otro similar, pero de análoga refractariead al riesgo al que resulta sensible la trabajadora⁵⁴⁵.

5.2.3.- La dispensa del trabajo. El riesgo por embarazo como objeto de protección

En aquellos supuestos en los que no fuera materialmente posible, o ni siquiera razonablemente exigible, el cambio de las condiciones de ejecución del puesto de trabajo habitual y tampoco la movilidad funcional o accesoria, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo [art. 45.1 d) ET].

Con esta institución no sólo se protege a la trabajadora embarazada de la posibilidad de sufrir un riesgo que afecte al feto, eximiéndola del trabajo mediante la suspensión del contrato, sino que además se establece una prestación económica a cargo de la Seguridad Social para paliar la situación de necesidad provocada por la falta de ingresos derivada de la actualización de la contingencia. Se intenta evitar, así, que el empresario tenga que hacer frente a los costes derivados de la suspensión contractual, pues ello provocaría un nada deseado "efecto boomerang" en perjuicio de las mujeres⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P.: "La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria", cit., pág. 817.

⁵⁴⁶ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 144. Ello sin olvidar cómo, con esta misma finalidad, a

Ahora bien, no se trata de un mecanismo dirigido a proteger a la trabajadora con carácter general ante un supuesto de imposibilidad de desarrollo de la prestación de trabajo a consecuencia de las repercusiones negativas que el embarazo puede generar sobre su estado físico, pues no quedan protegidos por la suspensión por riesgo durante el embarazo aquellos casos en los que, por las molestias propias de la gestación o las afecciones que dicho estado conlleva, la trabajadora no pueda desarrollar temporalmente la prestación de trabajo. Así, los denominados embarazos de alto riesgo (cada vez más numerosos) no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la suspensión contractual, no en vano los problemas de la viabilidad del feto y la salud de la madre dependen, en tales casos, no de un potencial riesgo laboral, sino del hecho mismo de la gestación y sus circunstancias adversas (un parto múltiple amplio, un desprendimiento de placenta, amenaza de aborto, avanzada edad de la madre...) ⁵⁴⁷.

Bajo tales premisas, cabe distinguir tres supuestos en los que el embarazo de la mujer trabajadora puede dar lugar a tres tipos de interrupciones temporales de la prestación laboral ⁵⁴⁸: de un lado, la suspensión del contrato debido a posibles alteraciones en la salud de la trabajadora en estado de gravidez, que no tienen su origen en las condiciones de trabajo o en el tipo de trabajo realizado, a la que corresponde la aplicación de las prestaciones por incapacidad temporal ordinaria ⁵⁴⁹; de otro, la suspensión del contrato por

(..continuación)

la interinidad que se realice con un trabajador/a para sustituir a la trabajadora en esta modalidad de incapacidad corresponde la bonificación del 100 por 100 en la cotización empresarial total establecida en el Real Decreto Ley 11/1998 (disposición adicional segunda de la Ley 12/2001). LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *TS*, núm. 115, 2000, pág. 36.

⁵⁴⁷ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 151.

⁵⁴⁸ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, pág. 105.

⁵⁴⁹ "En el examen médico (anamnesis) de la mujer embarazada el facultativo reúne un conjunto de datos relacionados con la salud de la mujer o la del feto que le puede llevar a la conclusión de la

maternidad con derecho a la correspondiente prestación del 100 por 100 de la base reguladora, aplicable por libre elección de la trabajadora en momentos anteriores al parto⁵⁵⁰; por último --y por lo que aquí interesa--, la incapacidad temporal por "riesgo durante el embarazo", correspondiente a una situación de ausencia de enfermedad, pero de incompatibilidad del embarazo con el trabajo derivada de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado de puesto de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto⁵⁵¹.

En definitiva, la prestación por riesgo durante el embarazo no pretende proteger la carencia de rentas generadas por la incapacidad para el desarrollo de la prestación, puesto que la trabajadora no ha perdido la capacidad de trabajar; es decir, "no se trata de una incapacidad generada por una alteración de la salud, sino de una incapacidad impuesta *ex lege*"⁵⁵².

Pues bien, aun cuando esta situación va a centrar la atención de las páginas siguientes, lo cierto es que no se pretende hacer un estudio exhaustivo de su régimen jurídico vigente; antes al contrario, con un objetivo mucho más modesto únicamente se va a

(..continuación)

existencia de riesgos patológicos para una o para otro. Ante esta perspectiva, el médico toma las medidas terapéuticas propias de su ciencia y, entre ellas, puede estar la de prohibir cualquier actividad o exclusivamente la actividad productiva de la mujer. En este caso, la solución del problema planteado se afronta por el ordenamiento jurídico con la figura de la suspensión del contrato de trabajo en el plano del Derecho del Trabajo y, desde la perspectiva de la Seguridad Social, con la percepción de un subsidio económico mientras dure la incapacidad temporal". ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo", *Carta Laboral*, núm. 39, 2000, págs. 1-2.

⁵⁵⁰ No han sido demasiado afortunados algunos pronunciamientos judiciales, en virtud de los cuales si una mujer sufría una patología derivada directamente del embarazo era obligada a hacer uso de las diez semanas diferentes al "período obligatorio" con anterioridad al parto, aunque afectase al derecho de opción de la interesada en el contenido esencial de distribución o reparto del descanso, llegando a invocar, en su fundamentación, la protección que se dispensa en muchos países por medio de descanso obligatorio anterior al parto. Buena muestra de lo cual es la STSJ Galicia 5 enero 1994 (Ar. 199).

⁵⁵¹ MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999", *AS*, 1999, T. V, págs. 1190-1191.

⁵⁵² MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 154.

tratar de poner de manifiesto que la situación de riesgo durante el embarazo es la solución última ofrecida en nuestra normativa interna, a semejanza de la dispensa del trabajo establecida en la normativa comunitaria, después de que, mediante otros mecanismos menos radicales, se han intentado cohesionar los intereses de la empresa con los intereses de la trabajadora en mantener su trabajo sin merma de la salud o la de su hijo. Intereses particulares que, a la vez, son portadores de intereses colectivos tan importantes como la prohibición de discriminación o la reproducción de la especie. Con todo, en la situación de riesgo durante el embarazo deberían prevalecer los intereses de la trabajadora, aun a costa de los intereses productivos de la empresa, por ser, sin duda alguna, de superior rango. Pero esto no debería suponer que los intereses del empresario sean totalmente sacrificados, lo que, si así fuere, nos llevaría al indeseable "efecto boomerang".

Nuestro legislador no ha conseguido, sin embargo, un adecuado equilibrio entre los diversos intereses en juego, inclinando la balanza a favor de un cicatero interés presupuestario: el ahorro de prestaciones, haciendo poco atractivo, tanto para la empresa como para la trabajadora, el acceso a la situación de riesgo durante el embarazo. Sin duda alguna, la complejidad de su regulación, las lagunas normativas, los dilemas interpretativos y las contradicciones legales, no resueltas adecuadamente por las sucesivas reformas legislativas, supondrán, en no pocas ocasiones, la vuelta a los viejos métodos situados al límite de la legalidad: "las bajas médicas de complacencia o con dolencias de cobertura"⁵⁵³.

A) La deficiente transposición inicial de la Directiva 92/85 por el legislador español

Antes de estudiar los problemas que plantea el régimen

⁵⁵³ LOUSADA AROCHENA, J.F.: "El riesgo durante el embarazo" (y II), *AL*, núm. 28, 2001, págs. 598-599.

jurídico vigente de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, no está de más volver la vista atrás para recordar en este momento la defectuosa transposición de la Directiva 92/85, de 19 de octubre, efectuada por el legislador español en la versión originaria del art. 26.3 LPRL, pues, como en otros muchos supuestos, la norma comunitaria era más amplia y generosa en sus planteamientos cuando contempla una última posibilidad, inexistente en la versión primigenia de la LPRL, para aquellos casos en los cuales, pese a la movilidad funcional, no fuera posible aún alejar a la trabajadora de la fuente de riesgos. Esta nueva posibilidad es (como ya consta) la dispensa de la prestación de servicios (más exactamente, la Directiva alude a la dispensa de la trabajadora de realizar su actividad cuando las medidas restantes hayan resultado técnica u objetivamente imposibles o razonablemente inexigibles, es decir, cuando se haya llegado al tope de diligencia exigible al empresario en un criterio de proporcionalidad⁵⁵⁴); medida cuyo fundamento puede encontrarse en la propia finalidad de la norma europea de "que bajo ningún concepto y en ninguna circunstancia, la trabajadora se exponga a riesgo alguno que pueda perjudicarla"⁵⁵⁵.

Habida cuenta la posibilidad de dispensa del trabajo con derecho al salario (la Directiva 92/85 --art. 11-- habla de una "remuneración adecuada") no aparecía reconocida en el primitivo art. 26.3 LPRL (pese a trasponer aquella norma comunitaria y responder a su mismo espíritu), fue obligado pensar en la existencia

⁵⁵⁴ Considerando a la tutela de seguridad en el trabajo como "el arte de lo posible" [MONTUSCHI, L.: "La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile", *Lavoro e Diritto*, núm. 3, 1995, págs. 413 y 414] ha de existir "una relación ponderativa y adecuativa en las actuaciones ejecutables en esta materia", lo cual no es sino la afirmación del criterio de proporcionalidad, contenido en la LPRL a veces de modo expreso y otras de modo implícito, como ocurre en materia de movilidad funcional para trasladar a la trabajadora a un puesto compatible con su estado. ALEMAN PAEZ, F.: "Principios y caracterización general de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., págs. 89 y 90.

⁵⁵⁵ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", cit., págs. 46 y 47 o GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 175.

de una importante laguna (pues si la versión originaria de la LPRL no contemplaba tal supuesto parecía "obligar, en todo caso, a empresario y trabajadora a la prestación de servicios"⁵⁵⁶), laguna que la doctrina pretendió salvar con diferentes propuestas, siendo las tesis que encontraron mayor grado de aceptación las siguientes:

En primer lugar, aquélla según la cual el vacío legal del art. 26.3 LPRL era susceptible de ser integrado como un caso de imposibilidad de la prestación imputable al empresario (art. 30 ET), situación en la cual el trabajador --en este caso la trabajadora-- conservaba su derecho al salario⁵⁵⁷. La citada tesis venía confirmada (si bien no faltaron opiniones contrarias a la aplicabilidad del art. 30 ET por entender que la no existencia en la empresa de puesto alguno carente de riesgo no era causa imputable al empresario⁵⁵⁸) tanto por la obligación del empresario de adoptar cuantas medidas sean "necesarias" para evitar la exposición de la mujer al riesgo (art. 26.1 LPRL), pues el empleo del término "necesarias" denota por parte del legislador "una insensibilidad económica en cuanto a la aplicación de las normas de protección"⁵⁵⁹, cuanto por una interpretación forzada del art. 21.2 LPRL, en virtud del cual la posibilidad del trabajador de interrumpir la actividad y abandonar el puesto en situaciones de riesgo grave e inminente también deja ver la escasa trascendencia de los efectos económicos que las medidas preventivas acarreen para el empresario⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A.: *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 132. En el mismo sentido, SANTOS FERNANDEZ, R.I.: "Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo", cit., pág. 265.

⁵⁵⁷ GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 305. Igualmente, ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: "El cambio de puesto de trabajo o función como medida de protección de la maternidad: el artículo 26 de la LPRL", en *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 1996 (ejemplar multicopiado).

⁵⁵⁸ BURGOS GINER, M^a.A.: "Protección especial de determinados colectivos", en *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 134.

⁵⁵⁹ SANCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Barcelona (Praxis), 1996, pág. 29.

⁵⁶⁰ NORES TORRES, L.E.: "Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al art. 26 de la

Ahora bien, la actuación conjunta de dos factores, de un lado, la necesidad de que la trabajadora no sufriera perjuicio económico alguno y, de otro, la inadecuación del art. 30 ET en los supuestos de imposibilidad real de asignar a la trabajadora un puesto totalmente exento de riesgo (situación en la cual, de aplicarse el citado precepto, el empresario habría de cargar con el salario de la trabajadora aun cuando "las obligaciones establecidas en materia de prevención hubieran sido escrupulosamente cumplidas", y ello pese a que la Directiva, al hacer alusión a la posibilidad de dispensa, en ningún momento establece que deba de ser el empresario quien deba correr con el coste de tal medida⁵⁶¹), hizo pensar si no cabría una segunda solución (que permitiera simultáneamente alejar a la trabajadora del riesgo y evitar la imposición al empresario de los costes de la dispensa) consistente en reconocer la posibilidad de una prestación de la Seguridad Social para la trabajadora en tal situación⁵⁶².

Aun cuando esta segunda tesis resultaba más adecuada que la primera, ciertamente era difícil de materializar en la práctica, pues en el sistema español de Seguridad Social no existía previsión expresa de tal contingencia y difícilmente podría encajar en ninguna otra situación protegida, pese a los intentos de darle cabida en el

(..continuación)

Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *AL*, núm. 16, 1998, pág. 311.

⁵⁶¹ NORES TORRES, L.E.: "Maternidad y trabajo...", cit., pág. 311.

⁵⁶² LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", *AL*, núm. 38, 1998, pág. 717.

Esta postura contaba con un importante precedente: el personal femenino de vuelo, que no puede realizar sus cometidos laborales a causa de su embarazo, pasaba a una situación de baja por incapacidad temporal con base a enfermedad común, siempre que dicho personal no pudiese ser empleado en otro puesto de trabajo compatible con su estado. La regulación jurídica de esta situación se encuentra en la Resolución de la entonces Subsecretaría de Seguridad Social, de 2 de septiembre de 1974 (Boletín de Mutualismo Laboral núm. 273). El contenido de esta Resolución fue considerado vigente por Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 14 de junio de 1995, en base a las previsiones de la Orden de 30 de noviembre de 1990, sobre aviación civil. PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., pág. 79.

marco de la incapacidad temporal⁵⁶³, forzando así --y considerablemente-- el concepto, esencialmente a través del recurso a mostrar el paralelismo entre la situación objeto de análisis y el período de observación de enfermedades profesionales (art. 128 LGSS)⁵⁶⁴, donde la razón de ser de la baja viene teñida, precisamente, de fines preventivos y terapéuticos: alejar al trabajador del hipotético origen de sus dolencias. No cabía, por tanto, aplicación analógica, habida cuenta mientras en la situación prevista en el art. 128.1.b) LGSS existen, al menos, indicios de la existencia de una patología, en el caso analizado no existen ni quiera tales indicios (sin los cuales no cabe hablar de una incapacidad temporal sin desnaturalizar por completo su finalidad)⁵⁶⁵.

A fin de remediar esta importante situación de *vacuum legis* y de poner fin a cualquier controversia, la Ley 39/1999 incluye una nueva causa justificativa de suspensión de la relación laboral ("por riesgo durante el embarazo") cuando el cambio de puesto de trabajo --la última de las medidas aplicables, según la redacción anterior del art. 26.3 LPRL-- "no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados". "Se trata de una hipótesis, por lo demás, que puede resultar bastante habitual, sobre todo si se tiene presente la estructura empresarial de nuestro país, donde la enorme implantación de pequeñas empresas que dan ocupación a un número reducidísimo de asalariados, hace muy previsible esa hipótesis de imposibilidad tanto de cambio de las condiciones de trabajo como de movilidad funcional de la

⁵⁶³ Así, por ejemplo, FERNANDEZ RAMIREZ, M.: "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., pág. 276 o GOERLICH PESET, J.M.: "La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada", *AL*, núm. 31, 1996, págs. 589-612.

⁵⁶⁴ Preveían tal posibilidad, por ejemplo, GOERLICH PESET, J.M^a: "La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada", cit., págs. 594 y 595.

⁵⁶⁵ PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., pág. 80.

trabajadora embarazada¹⁵⁶⁶.

B) La exclusión del riesgo durante el período de lactancia: la configuración de un modelo restringido de suspensión del contrato de trabajo únicamente por riesgo durante el embarazo

Pese a que con esta nueva redacción parece quedar completo el diseño legal en esta materia, lo cierto es que "con arreglo a la letra de la Ley, el período de lactancia no queda protegido (todavía al día de hoy --tras la reforma introducida en la LPRL por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre--) por la suspensión del contrato..., de modo que la trabajadora cuyo contrato se hubiera visto suspendido por riesgo durante el embarazo, una vez finalizada la suspensión por maternidad biológica, aun cuando esté lactando a su hijo, deberá reincorporarse forzosamente a su anterior puesto de trabajo"¹⁵⁶⁷. Así, si bien es cierto que la LPRL reconoce que durante el período de lactancia pueden existir determinadas actividades profesionales que comporten riesgos para la salud tanto para la madre como para el recién nacido que tengan justamente su origen en esta circunstancia, no menos cierto resulta que para tales supuestos la norma sólo prevé la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto, perviviendo "un punto de laguna para cuando no sea posible ni lo uno ni lo otro"¹⁵⁶⁸.

Esta situación se produce, una vez más, debido a la defectuosa transposición de la Directiva 92/85, puesto que dicha norma prevé la dispensa de trabajo también cuando exista riesgo

⁵⁶⁶ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *RMTAS*, núm. extraordinario, 2000, pág. 98.

⁵⁶⁷ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", *cit.*, pág. 41.

⁵⁶⁸ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *cit.*, pág. 98.

para la salud de la mujer o del hijo durante la lactancia⁵⁶⁹, con derecho por parte de la trabajadora al "mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada"⁵⁷⁰.

Es más, "la no extensión de la dispensa del trabajo al período de lactancia cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud no sólo de la trabajadora, sino también del hijo, constituye no sólo un incumplimiento de la Directiva, sino que rompe con la coherencia mantenida a lo largo del art. 26 LPRL que intenta evitar, no sólo los perjuicios de la salud de la mujer trabajadora sino también la del feto y/o hijo"⁵⁷¹. Es muy posible que "el legislador español haya pensado, en primer lugar, que la situación en que se encuentra una mujer que, transcurrido su período de suspensión por maternidad, deba reincorporarse a un puesto de trabajo con riesgo para la salud del nacido al que está amamantando, cuyas condiciones de trabajo no puedan ser adaptadas y a la que resulta imposible de ofrecer un puesto de trabajo compatible con su situación (art. 26.1 y 2), tiene su solución en la solicitud de pase a situación de excedencia para cuidado de hijos durante el período restante de 'amamantamiento' (normalmente de cinco meses); desde luego, es ésta una solución más barata para la Seguridad Social pero en absoluto resulta igualmente favorable para la mujer ya que la excedencia no es remunerada"⁵⁷². En segundo término, otra posible solución a la que parece que quiere forzar el legislador es a la opción por la lactancia artificial, renunciando a la natural aun a sabiendas de que tal

⁵⁶⁹ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 34.

⁵⁷⁰ MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1181.

⁵⁷¹ MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A.M.: *Maternidad y salud laboral*, cit., pág. 62.

⁵⁷² PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", *TL*, núm. 52, 1999, pág. 61. Tal opción supondría, además, "una asunción de costes preventivos por la trabajadora, contraria al art. 14.5 LPRL". PIZA GRANADOS, J.: "Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999", *AS*, 1999, T. V, pág. 1185.

decisión forzada está coartando la libertad individual de la trabajadora y los derechos del menor al verse privado de una alimentación que, según los expertos, es la más adecuada durante los primeros meses de vida⁵⁷³.

Por tales razones, "aunque la causa de suspensión del ejercicio de la actividad se ha identificado como 'por riesgo durante el embarazo' (omitiendo cualquier alusión a la lactancia), parece que la finalidad de la norma debía haber conducido a una aplicación paralela de tal garantía también a los períodos de lactancia"⁵⁷⁴, autorizando tanto "la suspensión de la relación laboral como reconociendo el derecho a la prestación de Seguridad Social en este caso durante el período de lactancia no superable ni por vía de adaptación ni por vía de movilidad funcional"⁵⁷⁵.

Tal solución podría encontrar el siguiente aval: "teniendo presente el escenario comunitario, esto es, partiendo de que la norma comunitaria --que es clara y precisa-- da un tratamiento idéntico para el supuesto de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, se trataría de --una vez detectada, en la fase de evaluación de riesgos, la existencia de riesgo durante la lactancia--

⁵⁷³ SANCHEZ CASTILLO, M.: "Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida", *RL*, núm. 12, 2003, pág. 39.

⁵⁷⁴ SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", cit., pág. 41.

⁵⁷⁵ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 98. En este sentido se manifestó el CES en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* (sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999): "si de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la (citada) Directiva, debería haberse incluido la situación de riesgo para la trabajadora en situación de lactancia, que junto al embarazo, es considerada también situación de riesgo con iguales efectos por la Directiva 92/85... Por otra parte, dado que el riesgo para la salud en determinados puestos de trabajo puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que haya dado a luz y a la lactancia, la protección debería ser la misma. Esta observación se hace extensible a los demás preceptos del Anteproyecto en los que se contempla la nueva situación del contrato por riesgo durante el embarazo, en consonancia con la finalidad protectora que se persigue, y para una mejor adaptación de la normativa comunitaria. En tal sentido, debería incorporarse igualmente... la extensión al feto y a la lactancia".

solicitar por parte de la trabajadora la suspensión y prestación económica y si el empresario o la entidad gestora se niegan, solicitar la aplicación directa de la Directiva con reclamación al Estado de daños⁵⁷⁶; "un resultado indemnizatorio, por lo demás, siempre insatisfactorio cuando de lo que se trata es de la tutela de la salud del menor lactante"⁵⁷⁷.

En cualquier caso, es absolutamente necesario que las instancias legislativas subsanen esta omisión de forma expresa y plasmen normativamente la protección de la situación de riesgo durante la lactancia, situándola, al menos, al mismo nivel de protección que la de riesgo durante el embarazo, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica y desprotección de la trabajadora y del menor y dar correcto cumplimiento al mandato comunitario e, incluso, constitucional⁵⁷⁸.

Siendo incuestionable lo anterior, todavía cabe dar un paso más, pues no sólo la lactancia natural, sino también la artificial, proporcionada por la madre o el padre⁵⁷⁹, debería quedar comprendida dentro del elenco de situaciones protegidas por el art. 26.4 LPRL en la medida en que la propia Comisión Europea ha puesto de manifiesto que existen exposiciones a agentes lesivos capaces de afectar al lactante y no precisamente a través de la leche materna sino por otras vías ("piel", "contacto físico cercano", "ropa")⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ LOPEZ LOPEZ, J.: "Salud laboral y protección por maternidad", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 89.

⁵⁷⁷ GONZALEZ ORTEGA, S.: "Seguridad Social y riesgo durante el embarazo", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, cit., pág. 127.

⁵⁷⁸ SANCHEZ CASTILLO, M.: "Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida", cit., pág. 40.

⁵⁷⁹ GARRIGUEZ JIMENEZ, A.: "Maternidad y obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales", *TS*, núm. 162, 2004, pág. 11.

⁵⁸⁰ COMISION EUROPEA: "Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la

C) Dinámica de la prestación por riesgo durante el embarazo

Dejando a un lado la propuesta anterior, este nuevo supuesto de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, "que se añade al de maternidad dentro del precepto legal que parecía más cercano [art. 45.1 d) ET]"⁵⁸¹, se completa con algunas reglas en el ámbito de la Seguridad Social, que tienen por objeto más inmediato proporcionar a la trabajadora un sustitutivo de los salarios que en tal caso deja de percibir. La Ley 39/1999 crea con esa finalidad una nueva contingencia o "situación protegida" en la acción protectora del sistema, a la que sigue dando el nombre de "riesgo durante el embarazo" [art. 38.1 c) LGSS], y a la que se dedican los arts. 134 y 135 LGSS (que vienen a cubrir así el hueco dejado por la supresión en 1994 de la invalidez provisional), convenientemente desarrollados por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

Como con acierto se ha dicho, "es ésta una prestación peculiar, que parece situarse a medio camino entre la de maternidad y la de incapacidad temporal por enfermedad común"⁵⁸², cuya cuantía económica queda asimilada formalmente al subsidio de esta última contingencia (art. 135.1 LGSS)⁵⁸³, pero que

(..continuación)
seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en período de lactancia (Directiva 92/85)", Bruselas, 05.10.2000, COM (2000) 466 final.

⁵⁸¹ GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 31.

⁵⁸² GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 32.

"Ese trato diferenciado respecto a la incapacidad temporal por enfermedad o accidente en determinados aspectos es congruente con la Declaración del Consejo y de la Comisión, de 19 de octubre de 1992, relativa al punto tres del art. 11 de la Directiva 92/85, según la cual la referencia por razones meramente técnicas a la enfermedad en la prestación que percibirá la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, `en modo alguno pretende equiparar el embarazo y el parto con una enfermedad', sino sólo indicar una cuantía mínima de referencia sobre la prestación que percibirá la trabajadora". RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)", *RL*, núm. 18, 1999, pág. 9.

⁵⁸³ Lo cual no deja de sorprender, pues "no se trata de una suspensión causada por una alteración física, sino que su origen se encuentra en el trabajo que se desarrolla, que es una causa absolutamente externa". TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Madrid (La Ley), 2001, pág. 206.

adopta reglas singulares en algunos aspectos⁵⁸⁴:

a.- Requisitos del hecho causante

Resulta de particular interés, en primer lugar, detener la atención en determinar la naturaleza jurídica otorgada a la prestación aquí analizada, pues, de un lado, constituye un capítulo separado (el capítulo IV ter), de modo similar a como la Ley 42/1994 configuró la actual y diferenciada prestación de maternidad (capítulo IV bis); de otro, sin embargo, el art. 135 LGSS señala expresamente que la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá "en los términos y condiciones previstos... para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común", para continuar especificando "sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados". De todo ello cabe inferir "que las especificaciones descritas en la propia norma son las únicas que el ordenamiento ha previsto para esta 'incapacidad temporal' específica que, más que como prestación particularizada, debiera considerarse, mejor, como una prestación ramificada y dependiente del desarrollo normativo y jurisprudencial aparejado a la incapacidad temporal ordinaria"⁵⁸⁵.

Por todas estas razones, es harto criticable que "sólo puedan acceder a la prestación por riesgo durante el embarazo las trabajadoras que durante el embarazo y con anterioridad al período de descanso por maternidad sufran una situación de riesgo para la gestación y cumplan los requisitos --comunes a los previstos para la situación de incapacidad temporal genérica y para prestación por maternidad-- de afiliación y alta o situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, y haber cotizado ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente

⁵⁸⁴ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 100.

⁵⁸⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 46.

anteriores al hecho causante⁵⁸⁶.

A tenor de estas exigencias, en los casos de falta de período de carencia la mujer (incomprensiblemente) no podrá acceder a la prestación⁵⁸⁷, lo cual se pone de manifiesto, sobre todo, en los supuestos de trabajo a tiempo parcial⁵⁸⁸. De esta forma, las únicas alternativas que se le ofrecen son la de continuar trabajando (si el empresario lo tolera, cosa que prudentemente no hará) o ver suspendido el contrato y el salario sin sustituto prestacional alguno⁵⁸⁹.

Para evitar esta dramática situación⁵⁹⁰, "esta supuesta equiparación a la incapacidad temporal por enfermedad común no debería ser tan manifiesta, ya que su origen se encuentra en el terreno fronterizo entre el desarrollo del embarazo y el trabajo (origen del riesgo para la salud)"⁵⁹¹. Insistiendo en esta misma idea, "¿no hubiera sido más lógico aplicar la estructura propia de la incapacidad temporal por riesgo profesional en vez de la derivada por riesgos comunes?"⁵⁹², pues "al fin y al cabo esta situación tiene

⁵⁸⁶ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RL*, núm. 24, 1999, pág. 33.

⁵⁸⁷ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 35.

⁵⁸⁸ No en vano se exigirá la misma carencia genérica (difícil de completar) de 180 días cotizados, para cuya acreditación se tomarán en cuenta las horas efectivamente trabajadas (al año) y se dividirán entre 5, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales. MARTINEZ DE VIERGOL, L.: "La naturaleza jurídica de la contingencia correspondiente a la `situación de riesgo durante el embarazo", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, cit., pág. 173.

⁵⁸⁹ GONZALEZ ORTEGA, S.: "Seguridad Social y riesgo durante el embarazo", cit., pág. 127.

⁵⁹⁰ Conviene aclarar, no obstante, la aplicación del mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del art. 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (art. 23.2 RD 1251/2001).

⁵⁹¹ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, cit., pág. 208.

⁵⁹² GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 34.

su razón de ser en la existencia de un riesgo profesional para la salud de la mujer o para la del feto⁵⁹³.

La remisión legal al régimen de la incapacidad temporal por enfermedad común no es, por estos motivos, lo más adecuado, y así se consideran, como soluciones más lógicas, la asimilación a la maternidad o a la incapacidad temporal por causas profesionales: si examinamos el art. 135 LGSS, donde se establecen las especialidades de esta prestación respecto a la de incapacidad temporal por enfermedad común, se observa su similitud, en unos casos, con el régimen de la maternidad --el pago directo del subsidio y la gestión directa de la prestación-- y, en otros casos, con el de la incapacidad temporal por contingencias profesionales --la cuantía del subsidio, su devengo desde el primer día, nunca a cargo de la empresa--. Sorprende, en consecuencia, la solución legislativa adoptada⁵⁹⁴.

Conviene aclarar, en último extremo, cómo, previo cumplimiento de los mismos requisitos, se extiende la posibilidad --lógica-- de que también las trabajadoras por cuenta ajena de los regímenes especiales y las trabajadoras por cuenta propia encuadradas en el régimen especial del mar, régimen especial agrario y régimen especial de trabajadores autónomos, gocen de esta prestación económica⁵⁹⁵. Como regla complementaria, la disposición adicional primera de la LCVLF señala que también podrán acogerse a los beneficios establecidos en la misma, entre otros extremos durante los períodos de descanso por "riesgo durante el embarazo", los socios trabajadores o socios de trabajo de las Sociedades Cooperativas y los trabajadores de las Sociedades

⁵⁹³ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 37.

⁵⁹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Madrid (Instituto de la Mujer), 2002, págs. 224-225.

⁵⁹⁵ MIÑAMBRES PUIG, C.: "La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 28.

Laborales, con independencia del régimen de la Seguridad Social en el que estuvieran incluidos⁵⁹⁶. Asimismo, el Real Decreto 1251/2001 se ocupa de declarar expresamente que serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el régimen especial de empleados de hogar (ocupado mayoritariamente por mano de obra femenina)⁵⁹⁷ independientemente de que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo (arts. 16 y 23).

Se ha llegado a afirmar, por algún autor, que la inclusión de todos estos colectivos obedece a la necesidad de proteger la salud del feto y de la embarazada, más allá de asegurar la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares, no en vano la norma se inspira claramente en un fin terapéutico⁵⁹⁸.

b.- Cuantía de la prestación

El montante del subsidio es siempre del 75 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, pero sin que, en este caso, se aplique minoración alguna durante los primeros días de la prestación⁵⁹⁹. Así, su abono corresponde desde el primer día a la Entidad Gestora de la Seguridad Social, sin que se desplace sobre el empleador el pago de los primeros días como sucede con la incapacidad temporal derivada de enfermedad común (entre el cuarto y el decimoquinto día de baja)⁶⁰⁰. "La

⁵⁹⁶ PANIZO ROBLES, J.A.: "La Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", cit., pág. 85.

⁵⁹⁷ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., págs. 241 y ss.

⁵⁹⁸ MORGADO PANADERO, P.: "La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral", cit., pág. 44.

⁵⁹⁹ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 57.

⁶⁰⁰ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *AS*, 1999, T. V, pág. 111.

finalidad de este diferente tratamiento es que la nueva situación protegida no resulte perjudicial o costosa para el empresario, porque de lo contrario podría dar lugar, una vez más, a situaciones discriminatorias en las que el empleador sea reticente o se niegue a contratar mujeres ante la posibilidad que existe de que éstas opten por quedarse embarazadas⁶⁰¹.

Ahora bien, pese a lo adecuado de tal matización no cabe pasar por alto tampoco cómo teniendo en cuenta que "la imposibilidad de permanencia en el puesto de trabajo, por el riesgo que comporta para la salud de la madre y/o el feto, es una circunstancia derivada directamente de la maternidad, que no puede calificarse propiamente de incapacidad temporal, quizás habría sido más adecuado extender a la situación de riesgo por embarazo el régimen jurídico de la prestación por maternidad, fijándose en un 100 por 100 (y no en un 75 por 100) de la base reguladora la cuantía del subsidio"⁶⁰².

⁶⁰¹ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 36.

⁶⁰² CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares (y II). Algunas reflexiones sobre el proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 111.

En Derecho Comparado existen previsiones más o menos beneficiosas para las mujeres según el país de que se trate. Así, por ejemplo, en Bélgica, la mujer que deja de trabajar por razones sanitarias y de seguridad tiene derecho al 60 por 100 de su salario mientras haya trabajado durante 120 días en los seis meses anteriores al reconocimiento de la prestación. En Dinamarca, cuando una mujer deja de trabajar por estas razones, se mantiene su contrato de trabajo y tiene derecho a una "prestación en metálico diaria" o la mitad de la remuneración, según qué cantidad sea superior. En Francia, la trabajadora que obtenga un permiso por estos motivos tiene derecho a percibir un 90 por 100 del salario durante los primeros treinta días y dos tercios durante los treinta siguientes. En Alemania, el contrato de trabajo mantiene su eficacia si la mujer deja de trabajar por razones sanitarias con derecho a percibir el promedio del salario durante las últimas trece semanas. En Grecia, la trabajadora en esta misma situación puede percibir la mitad de su salario durante los primeros 25 días de ausencia y, a partir de entonces, goza de los mismos derechos salariales que durante el permiso por maternidad. En Italia, las mujeres en estas circunstancias tienen derecho a una asignación equivalente al 80 por 100 de su salario, o al 100 por 100, si trabaja en el sector público. En los Países Bajos, la mujer asegurada que deja de trabajar por estas causas percibe una asignación equivalente al 100 por 100 de su salario, cantidad superior a la que percibiría si estuviera de baja por enfermedad (que sería del 70 por 100). En fin, en Portugal, las trabajadoras en estas circunstancias perciben una prestación por maternidad equivalente al 65 por 100 de su salario de referencia. SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", cit., págs. 45-46.

Comentario especial merece, además, el caso del encadenamiento de los períodos de suspensión por riesgo durante el embarazo y maternidad, pues mientras que, desde el punto de vista estrictamente laboral, la situación de la trabajadora no sufre variación alguna (reserva del puesto y cómputo de antigüedad en ambos casos), desde la perspectiva de Seguridad Social se incrementa la cuantía de la prestación, al pasar, como ya consta, el tipo a aplicar del 75 por 100 al 100 por 100 de la base reguladora. El hecho de que ambos períodos se sucedan en nada merma la duración de los mismos (algo incuestionable en el caso de la maternidad cuyo plazo es de derecho necesario relativo), al no existir un plazo máximo para la suspensión contractual que encuentre su causa última en el embarazo de la trabajadora. El momento en que se pase de una a otra prestación (y suspensión) depende de aquél en que la trabajadora decida comenzar el período de maternidad (de dieciséis semanas o más, según corresponda por parto múltiple --art. 48.4 ET--), que en parte puede disfrutarse anticipadamente al parto, siempre y cuando, al menos seis semanas se reserven para inmediatamente después de aquél. De no haberse optado, pues, por el descanso previo, el parto indicaría el momento de paso de una suspensión a otra y, por lo tanto, de una prestación a otra⁶⁰³. En cualquier caso, el percibo de la prestación económica por maternidad, cuando anteriormente se ha disfrutado de la correspondiente a la situación de "riesgo durante el embarazo", se condiciona a la solicitud *ex novo* de la trabajadora, pues, al tratarse de situaciones y prestaciones autónomas, la efectuada en relación con aquélla no tiene efecto alguno respecto de la ahora considerada⁶⁰⁴ (arts. 21 y 28 RD 1251/2001).

En fin, toda esta mezcla de reglas persigue varios objetivos: no gravar económicamente a la empresa con coste alguno ni

⁶⁰³ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social. Breves apuntes tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", *JL*, núm. 9, 2002, pág. 45.

⁶⁰⁴ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", *cit.*, pág. 58.

siquiera el de los días iniciales de prestación de la incapacidad común; garantizar el cobro a la trabajadora desde el primer día (como en el caso de la maternidad, ya que, al fin y al cabo, es como una especie de derivación de la misma); pero no hacer particularmente atractiva, desde el punto de vista prestacional, una situación para no operar como incentivo al cese del trabajo por causas que la Entidad Gestora no puede o tiene serias dificultades de control (por eso la prestación es sólo del 75 por 100 y no del 100 por 100, como en la maternidad)⁶⁰⁵.

c.- Duración del subsidio

Como es obvio y obligado, la duración de la prestación va vinculada a la contingencia y, por tanto, al mantenimiento de la situación de riesgo. El derecho al subsidio nacerá, pues, el mismo día en que se inicie tal suspensión --"sin período de espera"⁶⁰⁶-- y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la situación de baja por maternidad⁶⁰⁷ o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado (art. 135.2 LGSS y art. 18 Real Decreto 1251/2001)⁶⁰⁸, razón por la cual

⁶⁰⁵ GONZALEZ ORTEGA, S.: "Seguridad Social y riesgo durante el embarazo", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, cit., pág. 123.

⁶⁰⁶ RIVAS VALLEJO, M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, cit., pág. 388.

⁶⁰⁷ MIÑAMBRES PUIG, C.: "La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RMAS*, núm. 19, 1999, pág. 26. "Puede decirse que son tres los elementos que han de seguir concurriendo para que subsista la causa de suspensión, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos comportaría su cese; así, el embarazo, el peligro potencial y la ausencia de puesto adecuado son requisitos que en cualquier momento pueden variar (alumbramiento, aborto, introducción de mejoras técnicas en la empresa, superación de una fase delicada en la gestación, ampliación de plantilla, etc.) y arrastrar consigo a la suspensión contractual". SANCHEZ TRIGUEROS, C.: "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo", cit., pág. 42.

⁶⁰⁸ Es posible, pues, que existan supuestos en los cuales el término del período de suspensión no se acompañe de la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo originario sino a otro diferente compatible con su estado. Ello se relaciona con el hecho de que las medidas de protección de la salud y seguridad buscan siempre, en la medida de lo posible, compatibilizar el estado de la trabajadora embarazada con el desarrollo de una prestación laboral, procediendo, en primer lugar, a adaptar su puesto de trabajo; en segundo lugar, a cambiarla a otro, dentro o no de su categoría o grupo profesional,

evidentemente tendrá "un plazo máximo menor a nueve meses por precoz que sea la detección del embarazo"⁶⁰⁹ durante el cual se mantendrá además, por expreso mandato de legislador, la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS)⁶¹⁰.

Se aprecia, pues, "cómo la prestación económica por riesgo durante el embarazo es incompatible tanto con el desarrollo de la prestación laboral como con el paso a la situación protegida (tanto por las normas laborales como de Seguridad Social) por maternidad"⁶¹¹. De esta forma, a diferencia de la prestación económica por incapacidad temporal, que tiene establecido un período máximo durante el que se percibirá el subsidio correspondiente (como máximo de doce meses, prorrogable por otros seis meses cuando se presuma que durante ellos pueda ser el trabajador dado de alta médica --art. 128.1 LGSS--)⁶¹², la duración de la prestación económica por riesgo durante el embarazo no se supedita a un tiempo máximo previamente fijado, sino que su duración se subordina a que quede eliminado el riesgo para la salud

(..continuación)

según sea posible; y, en tercer lugar, a suspender su contrato. De este modo, la suspensión se prevé como medida última y excepcional para el caso de que no quepa ninguna de las anteriores, por lo que, tan pronto como sea posible el proporcionar un puesto de trabajo a la embarazada compatible con su estado, ésta debe incorporarse al mismo, aunque ello le coloque, técnicamente, en situación de movilidad funcional ordinaria o extraordinaria. Demostrada dicha compatibilidad, no parece que la trabajadora pueda negarse al desarrollo de la prestación laboral en base a que la reserva de puesto de trabajo que la suspensión implica afecta al originario. MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 54.

⁶⁰⁹ TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, cit., pág. 206.

⁶¹⁰ HERRAIZ MARTIN, M.S.: "La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (novedades de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 33.

⁶¹¹ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 57.

⁶¹² Sin perjuicio de que en los casos en que la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de la incapacidad permanente, en cuyo caso la situación de incapacidad temporal "podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal" (art. 131 bis LGSS). LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 35.

de la trabajadora embarazada o del feto⁶¹³. Ello sin olvidar, lógicamente, que la prestación quedará extinguida en aquellos casos en los que se produzca la pérdida del feto o el fallecimiento de la madre⁶¹⁴.

d.- Gestión de la prestación y responsabilidad en el pago

El procedimiento para el reconocimiento y pago del subsidio, cuya gestión se le asigna en todo caso al INSS, sin que se prevea asunción de la gestión por las Mutuas (art. 27 RD 1251/2001)⁶¹⁵, se ha de iniciar, en todo caso, "a instancia de la trabajadora" (arts. 21 y 28 RD 1251/2001). Ahora bien, con el fin último de evitar cualquier tipo de fraude, esta norma reglamentaria se encarga de precisar que la solicitud debe de ir acompañada de los siguientes documentos:

a) "Informe médico del facultativo del Instituto Nacional de la Salud o del Servicio Público de Salud equivalente, así como certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad Gestora correspondiente o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que cubra la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes en la que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto" [art. 21.2 a)]. Queda realzado, así, el papel de la apreciación médica oficial dada su mayor seriedad e imparcialidad.

b) "Declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora", con el

⁶¹³ MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999", cit., pág. 1193.

⁶¹⁴ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 167.

⁶¹⁵ Por todos, FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Madrid (CDN), 1995.

informe sobre este particular emitido por los órganos que hayan asumido las competencias en materia de prevención de riesgos (servicio de prevención, entidad especializada o persona responsable designada por la empresa) [art. 21.2 b)], únicos concededores del conjunto de factores laborales que inciden en el riesgo.

Por lo demás, la declaración sobre la inexistencia de un trabajo o función compatible con el estado de la trabajadora corresponde, lógicamente, a ella misma siempre y cuando ésta preste la actividad por cuenta propia [art. 28.2 b)], si bien, en este caso, es necesario adjuntar, como obligación adicional, "una declaración de situación de la actividad, en la que conste la persona que gestiona directamente, en tanto exista riesgo durante el embarazo, el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que aquéllas sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad" (art. 28. 4).

Con todo --y pese a estas importantes cautelas--, el legislador es consciente de que pueden producirse situaciones de connivencia entre la trabajadora y el empleador, no en vano desde el punto de vista de la organización empresarial puede resultar mucho más rentable, en términos económicos, proceder a la suspensión del contrato de trabajo que "la inversión que pueda exigir la adaptación de las condiciones de trabajo o la movilidad funcional, máxime cuando la prestación que se deriva de la situación de riesgo durante el embarazo no corre a cargo del empresario"⁶¹⁶. Por tales razones, se faculta al Director Provincial de la Entidad Gestora para solicitar informe (no vinculante) a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, "a fin de que ésta manifieste su conformidad o su discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que puedan determinar el derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo" (art. 21.4). El mismo informe puede solicitarse,

⁶¹⁶ LOPEZ RUBIA, E.: "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", cit., pág. 34.

obviamente, cuando se trate de una trabajadora por cuenta propia, pues ésta puede pretender ser beneficiaria de la prestación sin cumplir los requisitos exigidos para ello (art. 28.6)⁶¹⁷.

En fin, habida cuenta la responsabilidad del pago de la prestación pertenece, con carácter general, a la Entidad Gestora (art. 126.1 LGSS)⁶¹⁸, no puede extrañar que el Real Decreto 1521/2001 se haya preocupado de precisar que la obligación de cotizar continuará durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (disposición final segunda. uno), habilitando al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a fin de que dicte las reglas aplicables para la determinación de la base de cotización por contingencias comunes y profesionales (disposición final segunda. cuatro). La intención que persigue el legislador a través de esta regulación es clara: al mantenerse la obligación de cotizar no se produce una laguna de cotización equivalente al período de tiempo que dure la suspensión por riesgo durante el embarazo, de manera que la trabajadora que disfrute de este derecho no se vea perjudicada en sus expectativas de Seguridad Social y pueda completar su carrera asegurativa⁶¹⁹.

⁶¹⁷ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social. Breves apuntes tras la promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", cit., pág. 48.

⁶¹⁸ Si el empresario ha incumplido la obligación de cotizar, la referida Entidad puede dirigirse, posteriormente, contra el empresario. "Si lo incumplido es la obligación de afiliación, alta o ambas, parece que la responsable es la empresa, aunque, dada la finalidad protectora que esta prestación persigue, quizá debería aplicarse el principio de automaticidad de las prestaciones, propio de las contingencias profesionales, y responder directamente la Entidad en cuestión". MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 56.

⁶¹⁹ MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, cit., pág. 165.

6.- GARANTIAS ADICIONALES DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: PROTECCION FRENTE AL DESPIDO

La finalidad de la LCVLF puede verse obstaculizada si los derechos en ella reconocidos, derechos íntimamente relacionados con la maternidad y con la protección a la familia, no contaran con el amparo y el refuerzo suficiente. Por ello, como complemento a todas estas medidas destinadas a facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales (permisos, reducciones de jornada, suspensiones del contrato...), el propio legislador prohíbe que la extinción del contrato de trabajo, en particular, mediante el despido, pueda tener lugar cuando el trabajador se encuentre disfrutando de alguno de los derechos y situaciones reconocidas por dicha Ley 39/1999⁶²⁰.

6.1.- Normativa internacional sobre protección frente al despido de trabajadores con responsabilidades familiares. Especial referencia a la maternidad

La normativa internacional se ha ocupado desde antiguo del tema. Así, el Convenio núm. 103 OIT dedicó a la protección del puesto de trabajo de la madre trabajadora un precepto, su art. 6, conforme al cual: "cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones contenidas en el art. 3 del presente Convenio (se refiere a la licencia por maternidad), será ilegal que su empresario le comunique su despido durante dicha ausencia o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia"⁶²¹. Esta previsión debe ser puesta en relación con lo dispuesto en otro Convenio de la OIT, el núm. 158, de 22 de junio de 1982, sobre terminación de la relación de

⁶²⁰ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 282.

⁶²¹ Previsiones de muy parecido tenor se contienen en la Carta Social Europea de 1961, cuyo art. 8 señala: "para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras..., las partes contratantes se comprometen a... considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante esa ausencia".

trabajo por iniciativa del empresario, a partir del cual queda firme el derecho del trabajador cuya relación vaya a darse por terminada a un plazo de preaviso razonable (art. 11). Con todo, tal normativa parece absolutamente insuficiente, sobre todo en tanto no prevé la protección durante el embarazo ni en un período inmediatamente posterior a la expiración del descanso maternal, momentos tan expuestos a la discriminación como este último.

Quizá, por ello, el art. 8 del Convenio 183 OIT prohíbe "al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los arts. 4 o 5 (licencia por maternidad o por enfermedad o complicaciones), o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia".

En parecidos términos, la Convención de 1979, sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, dispone que, a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados tomarán las medidas adecuadas para: "a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil". De este modo, la protección ya no queda restringida al período de suspensión por maternidad, sino que ampara todo el embarazo y, en general, el estado civil -- matrimonial, por lo común-- de la trabajadora.

También en el orden jurídico comunitario se ha hecho derivar de la igualdad de trato entre hombres y mujeres una protección específica del despido de la mujer trabajadora por causa de su embarazo⁶²². Así, el art. 10 de la Directiva 92/85 impone a los

⁶²² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 2.

Estados, como garantía para las trabajadoras del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud en caso de embarazo y lactancia, la obligación de adoptar las medidas necesarias para declarar ilícito y prohibir el despido de las empleadas durante esos períodos salvo casos excepcionales no inherentes a su estado⁶²³. Por su parte, la cláusula 4 del Acuerdo Marco que aplica la Directiva 96/34 establece que, con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, habrán de "adoptarse las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber *solicitado la solicitud* o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos o a los usos nacionales".

Por su parte, la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce que "con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño" (art. 33.2).

Por último --y como no podía ser de otro modo--, la estabilidad en el empleo, traducida en este caso en el derecho a mantener el puesto de trabajo mientras no concurra causa real, suficiente y justa que motive su pérdida, constituye uno de los derechos reconocidos a los trabajadores, sin discriminación por razón de sexo, también a nivel interno (arts. 55.5 y 6 ET y 108.2 y 113 LPL).

6.2.- Garantías de estabilidad durante el embarazo y la maternidad en el ordenamiento español

La protección de la continuidad del contrato de trabajo en

⁶²³ MAZUELOS FERNANDEZ-FIGUEROA, M.: "La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992", *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999, págs. 109 y ss.

caso de embarazo tiene viejos antecedentes en nuestro ordenamiento interno, notablemente reforzados tras la CE por la vinculación que la jurisprudencia constitucional ha propiciado entre la tutela de la maternidad y las medidas antidiscriminatorias a favor de la mujer. La cuestión se ha analizado inicialmente en la jurisprudencia constitucional desde la perspectiva de la conducta "sospechosa" del empresario al tomar medidas perjudiciales para una trabajadora en situación de embarazo y aplicando al respecto la doctrina sobre el desplazamiento de la carga de la prueba y la nulidad radical en el despido discriminatorio⁶²⁴.

La nulidad de la decisión extintiva o del despido se ha fundado, pues, en la existencia de una discriminación por razón de sexo⁶²⁵. La reforma de la LPL de 1990 introdujo en el art. 108.2 d) un nuevo supuesto de despido nulo por razones de fondo: "el que tenga como fundamento alguna de las causas de discriminación previstas en la CE y en la Ley o la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". La Ley 11/1994, al modificar el art. 55 ET, reitera esa causa específica de nulidad del despido. La referencia, junto a la CE, a la ley implica que además de las causas de discriminación previstas en el art. 14 CE se incluyeran también las previstas en el art. 17.1 ET, en referencia clara, por ejemplo, al estado civil⁶²⁶.

⁶²⁴ Ejemplos significativos de lo cual son la STCo 166/1988, de 26 de septiembre, sobre despido de una embarazada durante el período de prueba, en la que el Alto Tribunal ha sostenido que la facultad de resolver libremente el contrato por parte del empresario no puede ejercerse de forma arbitraria, vulnerado el art. 14 CE al actuar de forma discriminatoria por razón de sexo, lo que se deduce al haberse alegado el embarazo como causa de la decisión empresarial sin justificar la existencia de motivos ajenos al hecho o situación de embarazo; las SSTCo 173/94, de 7 de junio y 3/1995, de 10 de enero, ambas en un caso de falta de renovación de un contrato temporal de una trabajadora embarazada, coetánea a la renovación de otros trabajadores en situación similar, en la cual se ha considerado también que se trataba de una medida discriminatoria; ó la STCo 136/1996, de 23 de julio, relativa a un despido disciplinario por faltas injustificadas al trabajo que permitieron declarar procedente ese despido, en la cual el Tribunal ha afirmado, igualmente, que los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE.

⁶²⁵ Ilustrativas son a este respecto, entre muchas, SSTSJ Castilla-León/Valladolid 11 junio 1990 (Ar. 3352), Navarra 10 noviembre 1992 (Ar. 5619), Castilla-La Mancha 11 mayo 1994 (Ar. 269), Aragón 19 enero 1997 (Ar. 519), Madrid 26 enero 1999 (Ar. 92) ó Cataluña 7 junio 1999 (Ar. 1907).

⁶²⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 3.

Sin embargo, la problemática de los permisos parentales, cuyas principales beneficiarias son --como es sabido-- las trabajadoras, no quedaba directamente protegida frente al despido, sino a través de la conexión con la discriminación por razón de sexo de difícil prueba en la mayoría de los casos. Hasta la reforma de 1994 ello no había planteado problemas en cuanto que en el período de suspensión del contrato de trabajo "la declaración judicial de la improcedencia no producía los efectos típicos de la misma: readmisión o extinción indemnizada en el despido común, sino que provocaba directamente la declaración de nulidad, que a su vez comportaba la readmisión forzosa, por ser éste uno de los supuestos de ejecución del fallo en sus propios términos"⁶²⁷.

Con anterioridad a la reforma del ET introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, mientras duraba el permiso por maternidad y la situación de excedencia para el cuidado de los hijos, el contrato de trabajo quedaba en suspenso⁶²⁸, razón por la cual el despido durante tal espacio temporal debía ser calificado como nulo (con readmisión obligatoria, por tanto, para la trabajadora⁶²⁹) si el empresario no conseguía acreditar el incumplimiento alegado en su escrito de comunicación [art. 108.2 e) LPL 1990]⁶³⁰. Los efectos de tal calificación conllevaban el derecho de la trabajadora a continuar en el disfrute del permiso o de la excedencia forzosa, período tras el cual recuperaba el derecho al

⁶²⁷ Citando a RIOS SALMERON, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 3.

⁶²⁸ GONZALEZ VELASCO, J.: "La excedencia para atender al cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de marzo", cit., págs. 267 y ss.

⁶²⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: "El despido discriminatorio", en VV.AA.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, Madrid (Acarl), 1992, especialmente págs. 617-620.

⁶³⁰ "El despido de un trabajador durante el período de suspensión de su contrato de trabajo tendrá que ser declarado bien procedente, porque concurra una causa de despido que no tenga que ver con la suspensión del contrato o, en otro caso, nulo, por lo que la improcedencia como reproche dirigido a la ausencia o insuficiencia de la causa del despido se transforma en este caso en nulidad". PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: "Régimen del despido. La nulidad radical", *RL*, núms. 6-7, 1990, pág. 105.

reingreso en la empresa con reserva del puesto de trabajo⁶³¹.

Ahora bien, el régimen jurídico sucintamente expuesto fue modificado de forma sustancial por la ya citada Ley 11/1994, en tanto vino a alterar profundamente la regulación jurídica del despido disciplinario precisamente en cuanto hace a los límites legales de la nulidad, cada vez más restringidos. Desapareció toda mención a la nulidad del despido de trabajadores con contrato en suspenso, que, por tanto, quedaba configurado como un supuesto más de improcedencia (con posible opción empresarial entre readmisión o indemnización), sin perjuicio --es obvio-- de la posibilidad de su declaración de procedencia cuando hubiera sido efectuado en debida forma y hubiera encontrado apoyo en un incumplimiento sancionable del trabajador/a⁶³².

La calificación de la nulidad del despido quedó reservada entonces exclusivamente en favor de aquel que trajera su causa en alguna de las consideradas como prohibidas por discriminatorias, *ex Constitutione* o *ex lege*, o se produjera con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 55.5 ET)⁶³³. A partir de tal calificación, y sólo para los despidos en los que se produjera el defecto reseñado, la LPL mantuvo el régimen de la nulidad del despido en su sentido estricto, recogiendo la categoría creada ya hace tiempo por el ET, en el sentido de emparejar la "nulidad radical" con la plena ineficacia de un negocio jurídico viciado por una ilicitud que afecta directamente a los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona⁶³⁴.

⁶³¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, cit., pág. 211.

⁶³² GALIANA MORENO, J.M. y GARCIA ABELLAN, J.: "El despido nulo", en VV.AA.: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid (Facultad de Derecho), 1996, pág. 72.

⁶³³ Por todos, PEDRAJAS MORENO, A.: *Despido y derechos fundamentales*, Madrid (Trotta), 1992, especialmente, págs. 160 y ss.

⁶³⁴ BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALON, J. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª edición, Madrid (Trotta), 1995, pág. 319.

En definitiva, desde el momento en que los trabajadores con trabajo en suspenso se sometieron al régimen del despido improcedente, la estabilidad del contrato no se aseguraba, sino sólo una compensación económica, lo cual era insuficientemente disuasorio para evitar despidos por esta causa ilícita⁶³⁵. Había desaparecido, por tanto, una importante garantía para evitar los despidos discriminatorios por razón de embarazo, pues para que correspondiera la calificación de nulidad --que dejó de ser automática-- era necesario reconducir la cuestión a un eventual atentado al principio de no discriminación, tarea no siempre fácil⁶³⁶, a la vista de las evidentes dificultades de prueba.

Como respuesta a estas críticas, Ley 39/1999 no ha dudado en corregir la situación de partida, protegiendo los bienes y derechos constitucionales que están detrás de los permisos parentales, y que ya no consisten sólo en la igualdad y prohibición de no discriminación, sino que afectan a las responsabilidades familiares asumidas mayoritariamente por las mujeres. Bajo tal premisa de partida, la reforma va más allá de la jurisprudencia constitucional y ordinaria y de las previsiones de las Directivas anteriormente mencionadas sobre la prohibición del despido por maternidad y la protección específica frente al despido que tenga por causa la solicitud o goce de los permisos parentales, y ha tratado de evitar decisiones extintivas relacionadas no sólo con el embarazo, el parto y sus complicaciones, sino más genéricamente con el goce de los permisos por razones familiares, desligando, en la medida de lo posible, esa protección de la discriminación por razón de género⁶³⁷.

⁶³⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 3.

⁶³⁶ STCo 166/1991, de 19 de julio, considera que el despido que tiene como causa un embarazo de la trabajadora es un despido por razón de sexo al que correspondería la calificación de nulidad por una vulneración del principio de no discriminación.

⁶³⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 4.

Como era de esperar, la LCVLF ha implantado un instrumento de tutela antidiscriminatoria más garantista que el anteriormente previsto⁶³⁸. En tal sentido, la más importante de las previsiones que incorpora tal vez sea la que conlleva la calificación de nulidad para el despido que afecte a trabajadoras embarazadas "desde la fecha de inicio del embarazo" hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad o riesgo durante el embarazo (que es directa trasposición del Derecho Comunitario), o a trabajadores/as que se encuentren en la situación de suspensión del contrato por maternidad, riesgo por embarazo, adopción o acogimiento (que supone, como habrá podido advertirse, la recuperación de una vieja modalidad de despido nulo). Dicha calificación se ha extendido, además, al despido de trabajadores/as que hubieran solicitado o estuvieran en el disfrute de alguna de las modalidades de "permiso parental" (permiso por lactancia, reducción de jornada o excedencia)⁶³⁹. El panel de garantías relacionadas con el despido se cierra, en fin, con la exclusión de las ausencias por "riesgo durante el embarazo" y por "enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia" del cómputo de faltas que puede justificar el despido por absentismo [art. 52 d) ET]⁶⁴⁰.

6.2.1.- Irrelevancia de las faltas de asistencia al trabajo

Como ya consta, la LCVLF reforma parcialmente el párrafo segundo de la letra d) del art. 52 ET⁶⁴¹, "sobre el despido `mal

⁶³⁸ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 63.

⁶³⁹ "Con esta reforma se incluye un plus de protección que parece situarse más en el plano de lo procesal y en la necesidad para el empresario de probar su procedencia". CARRILLO MARQUEZ, D.: "Ley para promover la conciliación de la vida laboral y familiar: Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Aspectos laborales", *AL*, núm. 15, 2000, pág. 28.

⁶⁴⁰ GARCIA MURCIA, J.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 34.

⁶⁴¹ Sobre este precepto, entre muchos, DEL VALLE VILLAR, J.M.: *La extinción del contrato por enfermedad del trabajador*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1988, especialmente págs. 37 y ss. o RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: "Extinción por causas objetivas", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ,

llamado' extinción del contrato por causas objetivas, y referido a las faltas reiteradas de asistencia justificadas pero intermitentes". El nuevo texto legal establece de modo expreso que no se computarán a tal efecto las faltas de asistencia, no sólo, como ya figuraban anteriormente las ausencias por razón de maternidad o licencias, sino también las debidas a ausencias por "riesgo durante el embarazo" o por las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (no sujetas a las condiciones a que se someten las ausencias por enfermedad no laborales)⁶⁴².

Seguramente, "habría que llegar a similar conclusión a partir de diversos asideros interpretativos, pero la mención expresa en el elenco de referencia disipa cualquier duda sobre el particular"⁶⁴³. Es decir, aunque la falta de cómputo de las ausencias mencionadas podría haberse deducido por la jurisprudencia por la referencia a "licencias", su determinación expresa evita cualquier duda y permite tener en cuenta la abundante jurisprudencia comunitaria sobre "la no toma en cuenta a efectos del despido de las ausencias por enfermedad derivadas del embarazo o maternidad"⁶⁴⁴ e incluso "mejorarla al incluir en su ámbito de aplicación no sólo las ausencias derivadas de enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia en el período comprendido entre el inicio del embarazo y el final del descanso por maternidad, sino --como novedad-- también los trastornos patológicos que aparezcan o continúen después del disfrute del período por maternidad"⁶⁴⁵.

(..continuación)

E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IX. Vol. 1º, cit., págs. 280-290.

⁶⁴² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 4.

⁶⁴³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 23.

⁶⁴⁴ Por todas, STJCE 32/93, de 14 de julio de 1994, asunto *Webb*. Una recopilación exhaustiva de dicha jurisprudencia en NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el segundo semestre de 1998", *RMTAS*, núm. 22, 2000, págs. 172 y ss.

⁶⁴⁵ Lo cual no había sido admitido por el Tribunal de Luxemburgo en algunos de sus pronunciamientos. Así, por ejemplo, SSTJCE 177/88, de 8 de noviembre, asunto *Dekker* y 179/88, de 8

A riesgo de repetir lo obvio, parece evidente que en toda Europa las mujeres con responsabilidades familiares protagonizan el mayor índice de absentismo laboral ("absolutamente justificado, involuntario e incluso socialmente exigido"⁶⁴⁶), máxime cuando son harto frecuentes alteraciones en el embarazo o enfermedades posteriores al parto y derivadas de éste una vez agotados los plazos de permiso⁶⁴⁷ (calificados, por lo demás, de "breves en exceso" por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶⁴⁸), cuyos efectos perniciosos sobre las obligaciones laborales sufren, por razones biológicas obvias, las mujeres en exclusiva⁶⁴⁹.

(..continuación)

de noviembre, asunto *Hertz*. El texto es de MARTINEZ ROCAMORA, L.G.: "La Directiva 76/207, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo", cit., pág. 680.

⁶⁴⁶ PEREZ DEL RIO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 193.

⁶⁴⁷ FERNANDEZ RAMIREZ, M.: "La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como nuevo marco legal de protección del embarazo y la maternidad", en VV.AA.: *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas...*, cit., págs. 277 y 278.

⁶⁴⁸ Buena muestra de lo cual es la STJCE 179/89, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Hertz*, donde queda claro cómo a menudo los permisos por maternidad son insuficientes para cubrir la posibilidad de enfermedades derivadas de embarazo o parto.

⁶⁴⁹ SSTJCE 400/95, de 29 de mayo de 1997, asunto *Larsson* ó 394/96, de 30 de junio de 1998, asunto *Brown*, cuyo contenido puede sintetizarse de la siguiente forma: 1) La prohibición de despido durante el período comprendido desde el inicio del embarazo hasta el término del permiso por maternidad, salvo casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada, se establece en consideración al riesgo que supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo. 2) El despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario. 3) El despido de una trabajadora producido durante su embarazo y motivado por ausencias debidas a la incapacidad laboral derivada del mismo está relacionada con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y por tanto debe considerarse fundado esencialmente en éste. En cambio, en la medida en que aparezcan tras el permiso por maternidad los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad. 4) Cuando una trabajadora está ausente debido a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso por maternidad, dicha ausencia, no sólo durante el permiso por maternidad sino también durante el período comprendido desde el inicio de su embarazo y el inicio del permiso por maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica el despido. PEREZ YAÑEZ, R.: "Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio de 1998", *AL*, 1991, Tomo I, págs. 69 y ss.

A la vista de lo anterior, no cabe menos que reconocer el acierto del legislador español a la hora de establecer la irrelevancia de las ausencias al trabajo debidas a riesgo durante el embarazo o a enfermedades causadas por el embarazo o parto (sin límite temporal) a efectos de justificar un despido objetivo por la causa prevista en la letra d) del art. 52 ET. Ahora bien, no todo son aspectos positivos: "no puede decirse que el nuevo art. 52 d) aporte un innovador criterio de interpretación que permita eliminar los efectos perversos sobre el colectivo de mujeres, ...pues no se encuentran recogidas todas las causas que impiden justificar un despido objetivo"⁶⁵⁰.

De entrada, "cabe precisar que las únicas ausencias por riesgo durante el embarazo que resultan irrelevantes respecto del referido despido son las que generan el efecto suspensivo, sin que puedan entenderse incluidas otras que, aun de la misma naturaleza, no generan dicho efecto, pues, aunque de la literalidad del art. 52 d) ET no deriva tal exclusión, no cabe olvidar el carácter tasado que el mencionado precepto sigue al listar las ausencias de que trata, así como que la lógica indica que las ausencias por riesgo durante el embarazo son aquéllas cuyo régimen se regula en la Ley 39/1999, del que es rasgo fundamental su efecto suspensivo"⁶⁵¹.

Tampoco se contemplan los permisos parentales, pudiendo sólo entender incluidos dentro del concepto "licencias" del art. 52 d) los permisos de lactancia y la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares pero no "otros permisos parentales que pudieran establecerse en los convenios colectivos para atender necesidades puntuales relacionadas con el cuidado de un familiar (enfermedades repentinas o para acompañar a enfermos al

⁶⁵⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 54.

⁶⁵¹ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 60.

médico)"⁶⁵².

Además, algún sector de la doctrina ha señalado cómo la nueva redacción del precepto deja sin resolver otra importante cuestión: "¿cómo se calificaría un despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo en las que se computen ausencias debidas a enfermedades originadas por el embarazo, parto o lactancia?"⁶⁵³. Para dar respuesta a este interrogante hay que diferenciar los dos siguientes supuestos: "si las ausencias se producen dentro del período de suspensión por maternidad o riesgo durante el embarazo o durante todo el período de embarazo previo a la suspensión, es evidente que la calificación de tal despido ha de ser la de nulidad y ello por dos razones. En primer lugar, porque así lo establece expresamente el art. 53.4 a) y b) ET, y, en segundo término, por ser discriminatoria". En cambio, "si se producen con posterioridad a dichos períodos de suspensión, no se aplica la protección que facilita el art. 53.4 a) y b), pues la prohibición de despido (en este caso objetivo) y su calificación como nulo, sólo se extiende a las extinciones que se produzcan durante el período de embarazo o la suspensión que por tal situación del contrato se produzca, debiendo reconducirse estos supuestos a la improcedencia"⁶⁵⁴.

En fin --y por si fuera poco--, todavía más desafortunado resulta el régimen jurídico a aplicar a los despidos objetivos plurales (o despidos colectivos) por causas vinculadas al funcionamiento de la empresa, sobre todo desde el punto de vista de la selección de los trabajadores a despedir, momento éste que presenta el mayor riesgo de discriminación, pues las primeras afectadas normalmente van a

⁶⁵² BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 54.

⁶⁵³ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 49.

⁶⁵⁴ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 49.

ser, de un lado, "mujeres casadas conviviendo en el seno de la familia, a las cuales se supone un derecho a ser mantenidas por su marido"⁶⁵⁵, o, de otro, "mujeres contratadas a tiempo parcial"⁶⁵⁶. A esta deplorable realidad contribuye, además, la posibilidad que otorga la legislación española de que la resolución autorizatoria extintiva del despido colectivo contenga un listado de concretos trabajadores afectados por la medida o, por el contrario, que se autorice la extinción de un determinado número de contratos sin especificación concreta de personas, a individualizar posteriormente por el empresario a la hora de actuar la autorización extintiva⁶⁵⁷.

Sea como fuere, ante la ausencia de criterios objetivos de preferencia fijados legalmente⁶⁵⁸, sería aconsejable que la negociación colectiva se detuviera en fijar criterios selectivos --y no arbitrarios-- de carácter positivo que permitan efectuar el proceso de elección (atendiendo, por ejemplo, a la cualificación profesional, diligencia mostrada, antigüedad en la empresa, exigencias de productividad, etc.)⁶⁵⁹, con prohibición expresa de hacer uso de otros abiertamente discriminatorios tales como el sexo o el estado civil en relación con éste, y teniendo especialmente en cuenta, además, que en el caso de utilizar el criterio de "cargas familiares" como preferente para la permanencia en la empresa, "éstas han de

⁶⁵⁵ PEREZ DEL RIO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid (IELSS), 1994, pág. 199. Buena muestra de ello es la STSJ Cataluña 19 enero 1999 (Ar. 873), en la cual se declara improcedente el despido de una mujer, tras haber solicitado el reingreso en la empresa desde la situación de excedencia voluntaria, alengando la necesidad de superar una situación de crisis empresarial.

⁶⁵⁶ Tal y como reconoce la STJCE 322/98, de 26 de septiembre de 2000, asunto *Kachelmann*.

⁶⁵⁷ STS 17 marzo, 5 junio ó 13 y 15 julio 1999 (Ar. 3002, 5069, 6461 y 5794).

⁶⁵⁸ A diferencia de la abundante normativa preestatutaria en la que sí se fijaban los criterios de preferencia. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)", *RL*, núm. 4, 1989, págs. 1-3 o FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Trotta), 1993, págs. 183-184.

⁶⁵⁹ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, cit., págs. 188-189.

ser entendidas, de acuerdo con la CE y la reforma del Derecho de Familia que establece la igualdad de obligaciones en el seno del matrimonio, compartidas por igual entre los cónyuges que trabajan; en otras palabras, no es legítimamente posible entender que todos los hijos dependen únicamente del padre (cabeza de familia) y por tanto sólo éste tiene cargas familiares, lo que supondría una preferencia absoluta en todo caso para la permanencia en la empresa de los hombres casados con hijos frente a las mujeres⁶⁶⁰. La adopción de criterios objetivos a nivel sectorial, a partir de los cuales realizar la selección de los trabajadores cuyas relaciones van a ser objeto de extinción, permitiría, en fin, un más fácil control de la adecuación de las reducciones de plantillas al principio de igualdad de derecho al mantenimiento del puesto de trabajo.

6.2.2.- Los nuevos supuestos de nulidad en los despidos disciplinario y objetivo

Más importantes son las modificaciones introducidas por la LCVLF en los arts. 53.4 y 55.5 ET, el primero dedicado al despido por causas objetivas nulo, y el segundo al despido disciplinario nulo⁶⁶¹. A ambos preceptos se les incorpora una redacción simétrica que tiende a otorgar esta calificación a los despidos por una u otra clase de causas producidos durante el ejercicio de los derechos de maternidad o de permiso parental. En concreto, considera viciadas de nulidad las extinciones o despidos durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento o los notificados en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice durante dicho período, y los de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de las suspensiones por "riesgo durante el embarazo o por maternidad", así como de los trabajadores que

⁶⁶⁰ PEREZ DEL RIO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 200.

⁶⁶¹ MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: "El permiso parental por maternidad y a la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", AS, núm. 20, 2000, pág. 1173.

hagan uso o hayan solicitado los derechos de lactancia o reducción de jornada por guarda legal, o hayan solicitado excedencia por cuidado de familiares⁶⁶².

Dicho de forma más clara, se reconocen específicamente como nulos aquellos despidos, ya sean por causas objetivas o por razones disciplinarias, que afecten a: a) trabajadores con suspensión del contrato por maternidad; b) trabajadores con suspensión del contrato por adopción o acogimiento; c) trabajadoras con suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo; d) trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión por maternidad; e) trabajadores que han solicitado permiso por lactancia, desde dicha solicitud hasta que dejan de disfrutarlo; f) trabajadores que han solicitado la reducción de su jornada por cuidado de familiares, igualmente desde su solicitud hasta que finaliza su disfrute; g) trabajadores excedentes por cuidado de hijos; y h) trabajadores excedentes por cuidado de familiares⁶⁶³.

Con todo, esta declaración de nulidad tiene una lógica salvedad: "que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados"⁶⁶⁴; esto es, se requiere que "el

⁶⁶² CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 35.

Es más, habida cuenta el despido disciplinario comprende cualquier extinción del contrato de trabajo decidida unilateralmente por el empresario aun cuando la misma no responda a una finalidad disciplinaria, como reiterada jurisprudencia viene explicando (SSTS 29 diciembre 1992 --Ar. 10378--, 27 julio, 23 octubre y 29 noviembre 1993 --Ar. 5992, 8060 y 9091--, 2 marzo y 20 julio 1994 --Ar. 2046 y 6688-- ó 23 diciembre 1996 --Ar. 9839--), queda indirectamente aumentado el radio de la protección frente a toda extinción injustificada. SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", cit., pág. 25.

La protección, como es lógico, se extiende al ámbito de la función pública. STCo 20/2001, de 29 de enero, que declara discriminatorio el cese de una funcionaria interina durante el período en que se encontraba disfrutando del permiso por maternidad.

⁶⁶³ ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., págs. 292-293.

⁶⁶⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 4.

órgano judicial (llegue) a la convicción de que el despido o la extinción no haya tenido que ver con el embarazo o con el permiso parental⁶⁶⁵.

De esta forma, y dentro del período protegido, la presunción de nulidad del despido opera automáticamente y con independencia de la existencia de un móvil discriminatorio, por lo que la única posibilidad de destruir dicha presunción es acreditar suficientemente la procedencia de la decisión extintiva, esto es, la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas para ello. A diferencia, pues, de lo que ocurre en el despido discriminatorio, toda la carga probatoria recae sobre el empresario, ya que al trabajador le bastará con demostrar que el despido coincide con alguno de los períodos protegidos para que entre en juego la presunción. E, igualmente, el esfuerzo probatorio no debe circunscribirse únicamente a la existencia o no de circunstancias que puedan implicar discriminación, sino que será preciso acreditar también la suficiencia de la causa que se esgrime para la extinción del contrato, quedando, así, configurada una suerte de inmunidad frente a la extinción del contrato en estos momentos. Por ello, y aun cuando, no llega a establecerse una prohibición absoluta de despido, lo cierto es que, salvo que se pruebe adecuadamente la existencia de una causa lícita para la ruptura del vínculo contractual, ésta no podrá materializarse ni siquiera acudiendo a la vía de la extinción indemnizada⁶⁶⁶.

Estas novedades poseen --como es obvio-- una "incuestionable envergadura"⁶⁶⁷, si bien no dejan de presentar algunos flancos abiertos a la crítica. De los aspectos positivos y

⁶⁶⁵ SSTSJ Cataluña 8 enero 1998 (Ar. 462), Galicia 26 enero 1999 (Ar. 45), Madrid 26 enero 1999 (Ar. 92), La Rioja 25 marzo 1999 (Ar. 440) y Cataluña 22 junio 1999 (Ar. 4751).

⁶⁶⁶ LOPEZ ALVAREZ, M.J.: "La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares", en VV.AA (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004, pág. 620.

⁶⁶⁷ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 35.

negativos de la nueva regulación se ocupan las páginas siguientes:

1.- Se recupera la figura del despido nulo para calificar legalmente la extinción contractual incidente en una relación laboral en suspenso desaparecida tras la reforma de 1994⁶⁶⁸, pero sólo cuando la suspensión del contrato de trabajo se deba al disfrute de alguno de los derechos por circunstancias familiares del trabajador *supra* enunciados⁶⁶⁹.

Aun cuando esta medida merece, sin duda, una valoración positiva, lo cierto es que resulta "insuficiente, presentando algunas carencias difícilmente comprensibles tanto respecto del tipo de medida discriminatoria cubierta por la tutela especial, como en lo referente a los períodos de tiempo cubiertos por la misma"⁶⁷⁰.

En primer lugar, cabe destacar cómo esta especial protección del despido opera sólo en ciertos momentos temporales, que varían, además, en función del derecho de que se trate: para la maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo se circunscribe al tiempo durante el cual se ejercitan los mismos⁶⁷¹, para el embarazo, desde su inicio hasta que comience la suspensión por

⁶⁶⁸ GORELLI HERNANDEZ, J.: "La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 47.

⁶⁶⁹ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 35. De este modo y como ya consta, se expande el ámbito de la categoría o institución del despido nulo, que la Ley 11/1994 vino a estrechar notablemente al privar de tal calificación a los despidos producidos durante la suspensión del contrato, o con defectos de forma (salvo para los objetivos), reservando el radical efecto de la nulidad para los despidos animados por móviles discriminatorios o que supongan lesión de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 113.

⁶⁷⁰ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 63.

⁶⁷¹ Aun cuando algún pronunciamiento judicial ha extendido la declaración de nulidad a aquellos despidos que "traen como causa el disfrute de un permiso de paternidad, pero que no tiene lugar durante el período de disfrute del mismo, sino posteriormente". STSJ Castilla y León/Valladolid 24 julio 2000 (Ar. 4314).

riesgo o por maternidad, para la lactancia y guarda legal, desde que se soliciten los permisos hasta que finalice su ejercicio, y para la excedencia, desde que se solicite hasta que se inicie el período de inactividad.

Esta divergencia no parece justificada, pues pueden detectarse algunas insuficiencias de protección, como la del trabajador que ha notificado al empresario el ejercicio de la suspensión por adopción o acogimiento y, sobre todo, la del trabajador que ya haya iniciado la excedencia voluntaria⁶⁷². "Lo absurdo del caso es que la norma sí protege al trabajador que haya solicitado esta excedencia hasta que pase a tal situación, pero no a partir del instante en que comienza a disfrutar de la misma. A pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley se refiere genéricamente al 'despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido', la dicción legal es tan clara al respecto que excluye sin duda la excedencia por cuidado de familiares desde el inicio de la suspensión del contrato: el contraste es claro entre, de un lado, los permisos de lactancia y de reducción de jornada --donde la referencia es explícita al tiempo de disfrute-- y, de otro lado, la excedencia --donde sólo se atiende al período de solicitud previo al disfrute"⁶⁷³--.

Dicho en otros términos, la reserva del puesto de trabajo establecida en el art. 46.3 ET durante el primer año, y de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente hasta el resto del período máximo de tres años, como garantía de reincorporación efectiva, queda claramente en entredicho, al no extenderse la tutela del nuevo supuesto de nulidad hasta el referido momento de la reincorporación⁶⁷⁴.

⁶⁷² CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 37.

⁶⁷³ CRUZ VILLALON, J.: "El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", cit., pág. 96.

⁶⁷⁴ AGUSTI MARAGALL, J.: "La tutela anti-discriminatoria en las extinciones contractuales
211

Desgraciadamente tal dicción legal "va a permitir al empresario esperar al disfrute para `represaliar' al trabajador, siendo entonces improcedente el despido, pero no nulo", lo cual contradice, dicho sea de paso, lo dispuesto en la cláusula 2, apartado cuarto, del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, aplicado, por la Directiva 96/34, según el cual "con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber `solicitado la solicitud' o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales"⁶⁷⁵.

En segundo término, la especial protección que ofrece la modificación introducida en los arts. 53.4 y 55.5 ET, referente a la calificación de nulidad del despido, no hace referencia tampoco al despido causalizado por el disfrute de los permisos establecidos en el art. 37.3 --mientras sí que se hace referencia expresa a los contemplados en los números 4 y 5 del mismo precepto--, cuando especialmente los recogidos en las letras d) --enfermedad, accidente grave u hospitalización de parientes-- y f) --para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto-- tienen directa relación con este tema⁶⁷⁶.

En tercer lugar, en una óptica más técnica, la manera de definir el período cubierto por la prohibición de despido, o mejor,

(..continuación)

resultante de la Ley 39/1999: apuntes críticos", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona*, cit., pág. 136.

⁶⁷⁵ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La flexibilización del despido disciplinario, en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada (I)", *La Ley*, núm. 5138, 2000, pág. 4. De esta interpretación integradora se hace eco la STSJ Castilla y León 24 julio 2000 (Ar. 4314).

⁶⁷⁶ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 65.

por la presunción de nulidad de la extinción en situación de suspensión del contrato (por embarazo o por maternidad), no es precisamente afortunada; señala la norma que será nulo el despido de los trabajadores durante el período de suspensión "... o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período"; "ello, *a sensu contrario*, significa que el despido notificado dentro del período de suspensión pero cuya efectividad se posponga a un momento posterior a éste, que podría incluso ser el día siguiente, escapa injustificadamente de la presunción de nulidad, a menos que se entre en otra situación protegida, por ejemplo, la lactancia o la reducción de jornada, pero, como se ha señalado, no si entra en situación de excedencia"⁶⁷⁷. Por tales razones, quizá lo más conveniente, "de *jurisprudencia ferenda*, sería resucitar, al menos para estos supuestos, la doctrina abandonada del despido nulo por fraude de ley"⁶⁷⁸.

En fin, quizá la vinculación de la institución con la protección de la maternidad más que con la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, y no a la par como debiera, determina la limitación, frontalmente criticable, de la prohibición al despido⁶⁷⁹, no abarcando otros actos empresariales unilaterales como pudieran ser los supuestos de modificaciones funcionales, geográficas o de condiciones de trabajo, ausencia de promoción, etc⁶⁸⁰. "En estos casos, la protección debe solicitarse --como única vía de solución-- a través del procedimiento de tutela antidiscriminatoria con los

⁶⁷⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 53.

⁶⁷⁸ ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, cit., pág. 103.

⁶⁷⁹ La protección de la trabajadora frente a las medidas de represalia decididas por el empresario únicamente se refiere al despido, que, si bien constituye una medida de especial gravedad, no es, sin embargo, la única. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el segundo semestre de 1998", cit., pág. 178.

⁶⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La flexibilización del despido disciplinario, en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada", cit., pág. 4.

problemas de demostración de indicios racionales de discriminación por parte de la trabajadora⁶⁸¹.

2.- Al comparar lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85 con lo previsto en los arts. 53.4 y 55.5 ET salta a la vista una importante diferencia: donde la norma comunitaria establece la taxativa prohibición de despedir a trabajadores antes, durante y después de su maternidad (salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo), la norma española sanciona de nulidad el despido, el cual, por consiguiente, ya se ha producido. En definitiva, la norma comunitaria parte de una "garantía prohibitiva (con una salvedad de carácter excepcional), mientras que la solución interna lo es en clave de garantía declarativa y repositoria, pero no prohibitiva *ex ante*"⁶⁸².

No es exactamente lo mismo la protección que supone para la madre saber que no puede ser despedida (salvo casos excepcionales), que la que supone saber que, aun pudiendo ser despedida, tiene una expectativa más o menos intensa de conseguir una sentencia firme que ordene la reincorporación forzosa (y forzada) en la empresa que ya la ha despedido, máxime cuando es de sobra conocido que una parte importante de las sentencias declarativas de nulidad de un despido por su carácter discriminatorio o inconstitucional, percisamente porque son objeto de recurso, finalizan, a la postre, reconvertidas en soluciones económicas, por cuanto el propio empecinamiento empresarial en la oposición a la readmisión forzosa termina disuadiendo al trabajador o trabajadora beneficiario, que acaba percibiendo la expectativa de la readmisión en contra de la voluntad empresarial

⁶⁸¹ PEREZ DEL RIO, T.: "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", cit., pág. 65.

⁶⁸² AGUSTI MARAGALL, I.: "La tutela anti-discriminatoria en las extinciones contractuales resultante de la Ley 39/1999: apuntes críticos", en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J. Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 197.

como una solución traumática a la que concluye renunciando⁶⁸³.

3.- Aunque la nulidad es la única calificación legalmente prevista, cabría cuestionar la posible admisibilidad de la calificación de un despido efectuado durante la situación de embarazo o maternidad como improcedente. Ciertamente, de la literalidad, tanto del referido art. 10 de la Directiva como de los reformados arts. 53.4 y 55.5 ET parece derivar una posición restrictiva, según la cual el despido de que se trata será siempre nulo, salvo --como señala el primero-- en "los casos excepcionales" en que obedezca a causas "no inherentes" al estado de la trabajadora o --indican los segundos-- se declare su procedencia "por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos" derivados del mismo⁶⁸⁴.

De este modo, parece que la única excepción que cabe a la nulidad es la de la procedencia por motivos ajenos al estado de embarazo de la trabajadora o disfrute de derechos relacionados con éste⁶⁸⁵; único resquicio que evita la inmunidad absoluta de aquélla durante las situaciones de que se trata, al garantizarse, en todo caso, el ejercicio de la potestad empresarial disciplinaria por motivos justificados. De seguirse esta posición, no parece existir lugar para la improcedencia, por lo que cuando las causas en que el despido se fundamente, aun ajenas al embarazo o maternidad, sean declaradas judicialmente inexistentes o insuficientes para justificarlo o aquél se efectúe inobservando los preceptivos requisitos formales (improcedente el disciplinario) la declaración que corresponda será

⁶⁸³ AGUSTI MARAGALL, J.: "La tutela anti-discriminatoria en las extinciones contractuales resultante de la Ley 39/1999: apuntes críticos", cit., pág. 138.

⁶⁸⁴ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 63.

⁶⁸⁵ LOPEZ AHUMADA, J.E.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *DL*, núm. 60, 1999, pág. 282. "Parece que con esta nueva previsión normativa el legislador, animado por un deseable afán proteccionista, limita o, mejor dicho, suprime cualquier posible declaración de improcedencia del despido cuando éste afecte, por lo que aquí interesa, a una trabajadora embarazada, limitando así a dos las únicas posibles calificaciones del despido, bien nulo, bien procedente". Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pamplona 23 marzo 2000 (Ar. 963).

la de nulidad.

En otras palabras, "el despido de que se trata sólo puede ser nulo o procedente, si bien la nulidad es aquí una categoría *sui generis* al comprender a todos los despidos que no sean declarados propiamente procedentes. Se está, por tanto, ante una modalización de la clásica calificación jurisdiccional del despido directamente relacionada con el *status* superprotector en que la situación de embarazo o maternidad --en cuanto hechos fisiológicos que exigen protección al máximo nivel-- coloca a la persona trabajadora. Se evita, así, la posibilidad de que un empresario, que se ve privado (por no conseguir acreditar el incumplimiento contractual alegado o no respetar la forma debida) de la vía extintiva directa (procedencia), pueda extinguir finalmente el contrato a través de la opción que en tal sentido le brinda la declaración de improcedencia, salvo que aquélla correspondiese al despido por ostentar la condición de representante de los trabajadores"⁶⁸⁶.

4.- La calificación expresa de la nulidad del despido de la persona trabajadora que se halla en alguna de las situaciones protegidas conlleva importantes consecuencias de orden procedimental, aliviando considerablemente el peso de la prueba sobre los trabajadores (trabajadoras, en su mayoría)⁶⁸⁷.

Ciertamente, aunque las extinciones contractuales por alguna de las razones descritas pueden reconducirse al tipo de despido discriminatorio nulo, la legislación procesal vigente y reiterada jurisprudencia exigen al trabajador aportar indicios racionales y fundados --no siempre fáciles de conseguir-- de la discriminación padecida, a fin de que pueda operarse la inversión o desplazamiento de la carga de la prueba hacia el agente causante de

⁶⁸⁶ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., págs. 63-64.

⁶⁸⁷ CAVAS MARTINEZ, F.: "Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 113.

la lesión para que éste disipe toda sospecha de anticonstitucionalidad en su proceder.

Resulta procedente abrir en este momento un breve paréntesis para señalar cómo si bien resulta hartamente difícil probar una discriminación en circunstancias normales, lo es sobremanera cuando falta un elemento claro de comparación por no haberse traducido técnicamente la discriminación en un trato desigual⁶⁸⁸. En virtud de tal realidad, no es extraño que tras la Propuesta de 24 de mayo de 1988⁶⁸⁹, se apruebe la Directiva 97/80, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación, a través de la cual se obliga a los Estados miembros a adoptar "con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato"⁶⁹⁰. Es más, tal disposición normativa ha dado origen a una suerte de *corpus* común de reglas de origen

⁶⁸⁸ En general, VALDES DAL-RE, F.: "La Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Aspectos más sobresalientes de una reforma procesal anunciada", en CRUZ VILLALON, J. y VALDES DAL-RE, F.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, págs. 147-148; GARCIA PERNANDEZ, M.: "Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo", *REDT*, núm. 15, 1983, págs. 375 y ss.; CRUZ VILLALON, J.: "Constitución y proceso de trabajo", en *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1991, pág. 40; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, págs. 175 y ss. ó RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.: "Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones", en *VV.AA.: II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid (MTSS), 1985, pág. 910.

⁶⁸⁹ Su análisis en PRECHAL, S. y BURROWS, N.: *Gender discrimination Law of the European Community*, Aldershot (Burrows), 1990, págs. 296 y ss.

⁶⁹⁰ Como con gran acierto ha sentado la mejor doctrina, "la Directiva sobre inversión de la carga de la prueba constituye un gigantesco salto cualitativo en la defensa del principio de igualdad de trato". LOPEZ LOPEZ, J. y CHACARTEGUI JAVEGA, C.: "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Amsterdam", *REDT*, núm. 99, 2000, pág. 25.

jurisprudencial⁶⁹¹, en el sentido de introducir criterios específicos para la distribución de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo, pues parece que sólo así va a poder llegarse --no sin dificultades-- a asegurar la efectividad de la interdicción de la discriminación y, en todo caso, de la paridad de armas y el necesario equilibrio del debate procesal⁶⁹².

Por su parte y en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sentado una doctrina que parece estar hoy perfectamente definida, a saber: el trabajador únicamente ha de aportar "indicios racionales" (entendidos "como un principio de prueba")⁶⁹³, que permitan establecer cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación⁶⁹⁴, debiendo el empresario --y sólo él-- destruir la

⁶⁹¹ STJCE 421/92, de 5 de mayo de 1994, asunto *Habermann-Beltermann*, declaró cómo "el apartado 1 del art. 2, en relación con el apartado 1 del art. 3 y con el apdo. 1 del art. 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a que un contrato de trabajo, de duración indeterminada, relativo a un trabajo que debe ser efectuado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora embarazada, ignorando ambos dicho embarazo, sea, por una parte, declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno que se aplica, conforme al Derecho nacional, durante el embarazo y la lactancia materna y, por otra, impugnado por el empresario debido a un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato".

De destacar es también la STJCE 32/93, de 14 julio de 1994, asunto *Webb*, la cual resuelve un supuesto de cuestión prejudicial planteada por un Juez británico, basado en una ley que establecía cómo el despido de una trabajadora fundado en la situación de embarazo de ésta no podría ser considerado discriminatorio en ausencia de una posibilidad masculina de comparación. La situación era peculiar porque la empleada había sido contratada para sustituir, a su vez, a una trabajadora que se encontraba embarazada, pero no con un contrato a tiempo determinado sino con un contrato por tiempo indefinido en virtud del cual la sustituta podía seguir en servicio una vez reingresara la trabajadora objeto de sustitución. Al poco de comenzar su trabajo la sustituta quedó también embarazada y comenzó a ausentarse por ello, razón que fue alegada por el empresario como causa para el despido porque la trabajadora había sido contratada para sustituir a otra embarazada y, a su vez, aquélla también faltaba al trabajo por el mismo motivo. Para el Tribunal de Justicia el argumento dado por el empresario era irrelevante porque un despido de una trabajadora por causa de su embarazo no podía nunca ser considerado como no discriminatorio.

⁶⁹² GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, cit., pág. 215.

⁶⁹³ STCo 41/1999, de 22 de marzo, que llega a superar incluso la regla del principio dispositivo y obliga al órgano judicial a intervenir en la procura de los hechos para suscitar la sospecha razonable del juzgador. CABEZA PEREIRO, J.: "El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión", cit., pág. 205.

⁶⁹⁴ PUEBLA PINILLA, A.Mª.: "Igualdad y discriminación en el ejercicio del poder disciplinario", *RL*, 1994, Tomo II, pág. 255.

presunción probando que existe una causa justificadora suficiente⁶⁹⁵, esto es, ha de justificar que la decisión adoptada, tachada de haber incurrido en un comportamiento discriminatorio, obedece a motivos razonables, lejanos a la finalidad de atentar contra un derecho fundamental⁶⁹⁶.

Ahora bien, pese a la gran ventaja que para el trabajador/a puede presentar la aludida "desviación o corrección de la carga de la prueba", lo cierto es que más que liberarle "de la carga probatoria, lo que en realidad facilita es una mínima reducción de la carga probatoria"⁶⁹⁷, pues quien alega la discriminación deberá aportar, en todo caso, los hechos que permitan deducir, al menos, "indicios suficientes" de la discriminación, y que permitan al órgano jurisdiccional concluir la presencia real de una situación en la cual "está en juego el principio de igualdad"⁶⁹⁸.

A tenor de tal doctrina, "la simple alegación de discriminación por la trabajadora no supone que sea el empresario el que deba probar las razones de su actuación; es necesario que los hechos presentados permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta"⁶⁹⁹, quedando obligada (pues en ella y sólo excepcionalmente en el trabajador se está pensando) a aportar hechos que otorguen verosimilitud a la hipótesis discriminatoria,

⁶⁹⁵ Entre muchas, SSTCo 38/81, de 21 de noviembre; 34/84, de 14 de marzo; 94/84 de 16 de octubre; 112/84, de 26 de noviembre; 47/85, de 27 de marzo; 88/85, de 19 de julio; 104/87, de 17 de junio; 166/88, de 26 de septiembre; 114/89, de 22 de junio; 135/90, de 19 de julio; 197/90, de 29 de noviembre; 21/92, de 14 de febrero; 7/93, de 18 de enero; 14/93, de 18 de enero y 66/93, de 1 de marzo.

⁶⁹⁶ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: "Prueba", en VV.AA. (FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996, pág. 624.

⁶⁹⁷ Máxime cuando, todavía al día de hoy, algunos órganos judiciales siguen efectuando una interpretación completamente arbitraria, desconociendo la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores y de la prohibición de discriminación por razón de sexo en la empresa. LILLO PEREZ, E.: "Discriminación por razón de sexo y arbitrariedad judicial (Comentario a la STSJ Madrid de 23 de abril de 2001)", *RL*, núm. 13, 2001, pág. 65.

⁶⁹⁸ STCo 21/1992, de 14 de febrero.

⁶⁹⁹ GORELLI HERNANDEZ, J.: "Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia", *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 768.

para lo cual puede hacer uso de la llamada constatación estadística -tan importante en estos supuestos⁷⁰⁰, pero no exenta de problemas⁷⁰¹-- de que la medida o el criterio utilizado, aparentemente neutral, repercute negativa y mayoritariamente en el colectivo femenino⁷⁰².

Así, únicamente cuando la trabajadora sea capaz de probar "la concurrencia de un fondo o panorama discriminatorio general o la presencia de hechos de los que derive la sospecha vehemente de que se está discriminado (sin que sea suficiente con la mera alegación del móvil discriminatorio)"⁷⁰³, el empresario ha de acreditar la existencia de otros motivos distintos en el origen de su decisión, así como que los mismos son razonables y necesarios desde la perspectiva de un correcto comportamiento empresarial, desde el interés de la empresa o, si se prefiere, desde la óptica de lo que haría un "buen empresario"⁷⁰⁴. En otro caso, a falta de la

⁷⁰⁰ LANQUETIN, M.Th.: "Le preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire", *DS*, núm. 5, 1995, págs. 436 y ss.

Cabe hacer referencia, por su interés, al pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia de Milán, en sentencia de 14 julio 1979, el cual declara la falta de legitimidad del despido de mujeres embarazadas --justificado por el empresario en la imposibilidad de destinar a tales trabajadoras a cumplir turno de noche-- y la obligada e inmediata readmisión de éstas.

⁷⁰¹ El principal problema radica en conocer cuál es la "metodología de investigación estadística adecuada". QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, cit., pág. 117.

⁷⁰² BALLESTER PASTOR, M.A.: "Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo", *RL*, núms. 3-4, 1993, pág. 182.

⁷⁰³ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 64.

⁷⁰⁴ Todo ello debe ser analizado en el sentido de que la decisión adoptada es la única idónea para satisfacer el interés de la empresa y que no cabe otra de menor impacto sobre el colectivo femenino; emerge así el uso de criterios de proporcionalidad, corrección y buena fe para controlar los poderes empresariales, que necesariamente habrán de hacerse más transparentes, al menos en estos casos, conllevando, como efecto añadido, evidentes límites a aquellos poderes sin quedar exentos de los riesgos de burocratización de la actividad empresarial. GUARRIELLO, F.: "Le azioni in giudizio", en VV.AA.: *Il diritto diseguale: la legge sulle azioni positive*, Turín (Giappichelli), 1992, pág. 194.

Entre muchas, SSTCo 82 y 90/1997, de 22 de abril y 6 de mayo; SSTS 13 octubre 1989 (Ar. 7170), 12 septiembre 1990 (Ar. 6999), 16 enero 1991 (Ar. 51), 27 septiembre 1993 (Ar. 7405), 9 febrero y 15 abril 1996 (Ar. 1007 y 3080) ó 16 abril 1997 (Ar. 3394), en la cual se estima que "de los hechos anteriores, coetáneos y posteriores... se derivan una serie de indicios racionales de discriminación... mientras la empresa no ha dado satisfacción procesal alguna a la obligación procesal de probar la

aportación de indicios suficientes de discriminación por parte de la trabajadora, deviene ociosa o inútil la segunda fase de la prueba que impone a la empresa la obligación de acreditar la justificación de la decisión extintiva⁷⁰⁵.

Por si ello fuera poco, la dificultad todavía es mayor cuando la trabajadora es contratada por tiempo determinado⁷⁰⁶ y, sobre todo, cuando queda sometida a un período de prueba al inicio de su relación laboral⁷⁰⁷. La razón es obvia: en principio el empresario no

(..continuación)

racionalidad de la medida adoptada, en este caso, un despido". En el mismo sentido, STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 20 septiembre 1991 (Ar. 4961), Castilla-La Mancha 20 enero 1994 (Ar. 331), Andalucía/Málaga 2 febrero 1996 (Ar. 287) y 29 octubre 1999 (Ar. 3521), País Vasco 19 marzo y 16 julio 1996 (Ar. 478 y 3231), Cataluña 16 octubre y 2 diciembre 1997 (Ar. 3717 y 4908), 8 enero 1998 (Ar. 462), 7 y 19 enero, 22 junio, 20 septiembre, 6 octubre y 26 noviembre 1999 (Ar. 1096, 873, 2429, 3627, 4204 y 3969), Valencia 18 junio 1997 (Ar. 2077) y 6 mayo 1998 (Ar. 2233), Cantabria 21 enero 1997 (Ar. 148), Aragón 19 febrero 1997 (Ar. 519) y 21 diciembre 1998 (Ar. 4162), Asturias 4 diciembre 1998 (Ar. 4407), La Rioja 25 marzo 1999 (Ar. 440), Madrid 26 enero y 9 septiembre 1999 (Ar. 92 y 3216), Galicia 26 enero 1999 (Ar. 45), Andalucía/Sevilla 5 marzo 1999 (Ar. 1716) ó Canarias/Las Palmas 25 octubre 1999 (Ar. 660/2000).

⁷⁰⁵ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 64. De gran interés es la doctrina sentada por la STCo 41/1999, de 22 de marzo, en virtud de la cual tras reiterar que la "exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en aquellos casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia", se añade --como novedad-- que "si no se aporta la prueba interesada y admitida, el órgano judicial debe desplegar la correspondiente actividad procesal tendente a completar la prueba interesada, de forma que se incorporen debidamente a los autos los elementos de convicción necesarios para tener por acreditados suficientes indicios del trato desigual denunciado". GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I.: "Obligación del órgano judicial de posibilitar la acreditación de indicios de la vulneración de los derechos fundamentales: el Juez debe asegurar que las pruebas admitidas sean aportadas (Tutela de derechos fundamentales, manifestaciones del principio de investigación en el proceso laboral e indefensión). Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1999, de 22 de marzo", *Revista de Derecho Social*, núm. 7, 1999, pág. 123.

⁷⁰⁶ STCo 173/1994, de 7 de junio. En el mismo sentido, SSTSJ Cataluña 7 junio y 20 septiembre 1999 (Ar. 1907 y 3627), La Rioja 25 marzo 1999 (Ar. 440), País Vasco 23 febrero 1998 (Ar. 761) ó Cataluña 17 octubre 1997 (Ar. 3717), en la cual el Tribunal considera "que la no renovación de un contrato temporal de una trabajadora embarazada, cuando la empresa no acredita suficientemente los motivos que justifican su decisión probando la concurrencia de causas razonables que pongan indubitadamente de manifiesto la inexistencia de ánimo discriminatorio, es un acto contrario a derecho que no puede entenderse legitimado por la libertad que goza el empresario para decidir a renovación o no de un contrato de trabajo". *Contra*, estimando que la ausencia de prórroga o de renovación de un contrato temporal no es discriminatorio por razón de sexo aunque la trabajadora en cuestión estuviera embarazada, SSTSJ Galicia 9 diciembre 1998 (Ar. 5487) ó 9 septiembre 1999 (Ar. 3216).

⁷⁰⁷ Sobre todo por la enorme inseguridad que ello implica en cuanto a la posible terminación de su contrato por voluntad del empresario sin que llegue a constituir despido. QUINTANILLA NAVARRO,

tendría que motivar o someter a causa la extinción del contrato de trabajo (art. 14.2 ET)⁷⁰⁸, pues el período de prueba queda configurado en el ordenamiento jurídico español como una figura que atribuye al empresario la prerrogativa de libre extinción de la relación de trabajo⁷⁰⁹. Se convierte, por tanto, en uno de los momentos contractuales, después del acceso al puesto de trabajo, más aptos para una actuación empresarial discriminatoria⁷¹⁰, pues, como bien cabe observar, en el caso de que la despedida alegara que la extinción en el período de prueba ha obedecido precisamente a un motivo discriminatorio, "lo que ocurre entonces no es realmente que se invierta la carga de la prueba, sino que --excepción a la excepción-- aparece la necesidad de probar: no la de probar que no se ha discriminado --prueba posible, pero como de hecho negativo que es, normalmente difícil--, sino la de probar que ha habido una causa no discriminatoria para despedir"⁷¹¹.

(..continuación)

B.: "Acceso al empleo y condiciones de trabajo en general", en VV.AA. (PEREZ DEL RIO, T., Coord.): *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 1997, pág. 81.

⁷⁰⁸ Con una total inaplicación de las reglas y principios generales aplicables al despido. SSTCo 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre.

⁷⁰⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. Y BRAVO-FERER, M.: "Naturaleza jurídica del período de prueba", en VV.AA.: *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, III, Madrid (IEP), 1961, págs. 103 y ss.

⁷¹⁰ PEREZ DEL RIO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, cit., pág. 138.

⁷¹¹ En suma, "de la prueba de hechos de los que surja la presunción de discriminación nace la necesidad de probar, para destruir aquélla, que la discriminación no ha existido. Esto probado, si el despido ha ocurrido en período de prueba, nada queda por probar para la eficacia del despido". ALONSO OLEA, M.: "Resolución de contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo", *REDT*, núm. 36, 1988, pág. 620.

Quizá convenga parar la atención por su gran interés en el supuesto de hecho resuelto por la STCo 166/1988, de 26 de septiembre, que trata del despido, durante el período de prueba de una enfermera interina a causa de su situación de embarazo, que le impedía trabajar en el servicio de diálisis en el que prestaba servicios, y del que había solicitado traslado a otra sección. El empresario argumentó la no superación del período de prueba para proceder a extinguir el contrato de trabajo. Por su parte, el Tribunal Constitucional calificó el despido como discriminatorio, aplicando para ello conjuntamente la noción de discriminación como "represalia" y la noción específica de discriminación por razón de sexo. Desde la perspectiva de la "represalia", en cuanto exigencia de una razón objetiva que justificara la decisión empresarial, podía haberse aceptado que el cese tenía una motivación razonable: la imposibilidad de trabajar para el servicio a que estaba adscrita; sin embargo, desde la perspectiva de la discriminación "*stricto sensu*", la decisión empresarial había de ser examinada además desde la óptica de las prohibiciones específicas de discriminación del art. 14 CE, con la particularidad de que aquí no era el sexo en sí mismo, sino la situación de embarazo lo que había motivado el cese.

Para que el caso quede planteado en tales términos, no basta la mera alegación de discriminación por la trabajadora, es preciso además, la alegación de unos hechos y su prueba, de forma tal que presten un fundamento sólido a la presunción de que la discriminación ha existido (por ejemplo, que su rendimiento no bajó en calidad y cantidad del promedio de otros trabajadores en la misma situación⁷¹²); en el mejor supuesto de haber conseguido acreditar aquella circunstancia será el empresario quien tendrá que destruir la presunción, si quiere que el despido prospere⁷¹³, alegando causas laborales concretas referidas a un incumplimiento previo de la trabajadora o a la valoración negativa y justificada de su actuación durante un tiempo prudencialmente aconsejable para verificar el adecuado cumplimiento o constatación de aquéllas⁷¹⁴; ello sin olvidar --claro está-- que la relación de trabajo durante el período de prueba puede ser disuelta más fácilmente, habida cuenta la existencia de determinadas causas o circunstancias que en un contrato de trabajo normal serían insuficientes⁷¹⁵, pero que podrían, sin embargo, justificar el despido en este estadio del contrato de trabajo⁷¹⁶.

Habida cuenta las dificultades apuntadas, con la nueva regulación incorporada tras la LCVLF, siempre que la persona trabajadora se halle en alguno de los supuestos protegidos por embarazo o maternidad, se presume *ex lege y ab initio* la nulidad de

⁷¹² MARTIN VALVERDE, A.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid (Montecorvo), 1976, pág. 294.

⁷¹³ BALLESTER PASTOR, M.A.: *El período de prueba*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1994, pág. 64.

⁷¹⁴ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y TUDELA CAMBRONERO, G.: "Extinción del contrato por el empleador durante el período de prueba y no discriminación", *RL*, 1985, Tomo I, pág. 489.

⁷¹⁵ DE SIMONE, G.: "Note a margine di un caso di recesso discriminatorio per ragioni di sesso al termine del período di prova", *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, Tomo I, págs. 220 y ss.

⁷¹⁶ BARREIRO GONZALEZ, G.: "El período de prueba", en VV.AA. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Madrid (Edersa), 1983, pág. 80.

la extinción, por lo que dicha presunción *iuris tantum* libera a aquél de la inicial carga de probar los indicios de discriminación o, mejor dicho, dicha carga se reduce a la sola y necesaria acreditación en el acto de juicio de estar incurso en alguno de los referidos supuestos⁷¹⁷.

Aliviada la posición del demandante al no tener que aportar indicios de ningún tipo, corresponde al demandado probar que, pese a la coincidencia temporal, los motivos del despido son "ajenos" al embarazo o a los permisos parentales⁷¹⁸, en el bien entendido sentido de que la expresión "ajenos" implica "una verificación más estricta, en relación con lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado de forma algo equívoca un despido pluricausal"⁷¹⁹: "no se trata sólo de que la medida sea objetiva, razonable y proporcionada, sino, además, de que la causa no puede tener nada que ver con los trastornos de la prestación laboral que derivan del embarazo o del permiso parental... No basta la existencia de una concausa, sino que ha de excluirse que exista una concausa relacionada con el embarazo y la lactancia, de modo que el órgano judicial ha de llegar a la convicción de que el despido o la extinción nada ha tenido que ver con el embarazo o el permiso parental"⁷²⁰. En definitiva, "se produce un efecto mucho más

⁷¹⁷ MELLA MENDEZ, L.: "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", cit., pág. 64.

⁷¹⁸ Lo cual no resulta nada difícil cuando la trabajadora embarazada disfrutaba de un contrato temporal. STSJ Castilla-La Mancha 16 junio 2000 (Ar. 2249).

⁷¹⁹ Los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímelmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio. SSTCo 55/1983, de 22 de junio; 104/1987, de 17 de junio; 166/1988, de 26 de septiembre; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio; 197/1990, de 29 de noviembre; 21/1992, de 14 de febrero; 7/1993, de 18 de enero; 266/1993, de 20 de septiembre y 180/1994, de 20 de junio.

⁷²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)", cit., pág. 5.

rotundo que el derivado del desplazamiento de la carga de la prueba en aplicación del art. 96 LPL o del art. 4 de la Directiva 97/80, pues se exige a la parte demandada demostrar que el despido o la decisión extintiva, además de resultar ajena a cualquier propósito discriminatorio, merece la calificación de procedente⁷²¹.

5.- Se ha perdido la oportunidad de corregir, no obstante, el no siempre acertado rumbo de la jurisprudencia europea cuando distingue entre⁷²²: de un lado, aquellas enfermedades desarrolladas antes de finalizar el permiso de maternidad, en cuyo caso admite, y ello es correcto, que si se despide por su causa se vulnera la prohibición de despido y se incurre en discriminación sexista⁷²³; de otro, las persistentes después de finalizar el permiso de maternidad o las originadas con posterioridad, en cuyo caso se ha negado, y ello no se puede considerar correcto, la existencia de discriminación sexista⁷²⁴.

Las enfermedades causadas por el embarazo o el parto persistentes después de finalizar el permiso de maternidad o las originadas con posterioridad presentan, pues, una protección inferior a las desarrolladas antes de finalizar el permiso de maternidad, "perdiéndose una buena ocasión para solventar esta problemática, ofreciendo, además, una solución progresiva y, desgraciadamente, no parece inminente una inclusión, vía legal o jurisprudencial, en el ámbito de la protección de la prohibición de despido o de la discriminación sexista o, al menos, una equiparación en el nivel de protección". No obstante lo cual, se

⁷²¹ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cit., págs. 35-36.

⁷²² CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La flexibilización del despido disciplinario, en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada (I)", cit., pág. 4.

⁷²³ Por todas, STJCE 394/96, de 30 de junio de 1998, asunto *Brown*. Esta doctrina se ha recogido en las SSTCo 7/1993, de 18 de enero, 14/1993, de 18 de enero y 54/1995, de 24 de febrero.

⁷²⁴ STJCE 179/89, de 8 de noviembre de 1990, asunto *Hertz* ó 400/95, de 29 de mayo de 1997, asunto *Larsson*.

atisba un resquicio de esperanza en la nueva redacción del art. 52 d) ET anteriormente comentado⁷²⁵.

6.- Habida cuenta el ET no fija un período de tiempo determinado en el que deba procederse a la reincorporación tras el disfrute de los permisos, ni requisitos previos de solicitud, cabe entender que basta la "reincorporación de hecho a la empresa de manera inmediata concluido el plazo de suspensión...; de este modo, una negativa empresarial a la readmisión, finalizada la baja por maternidad (o la suspensión del contrato en los términos antes expuestos), sería técnicamente un despido"⁷²⁶. Ahora bien, el problema radica en determinar la calificación de dicho despido, siendo la solución más adecuada considerar el mismo no como improcedente, sino como nulo por discriminatorio, al atentar contra el principio de igualdad *ex art. 55.5 ET*⁷²⁷.

Por lo tanto, si, ante una solicitud de reingreso por parte del trabajador, el empresario no contesta a la misma o la rechaza de una forma rotunda e inequívoca, ésta debe interponer la oportuna demanda por despido⁷²⁸.

7.- Con gran acierto la Ley 39/1999 no ha hecho depender (mejorando lo dispuesto en la Directiva 92/85) la protección frente al despido durante el embarazo de que la trabajadora notifique su estado al empresario, sino que opera automáticamente, sin que se deba probar que éste era conocedor de la circunstancia en que se encuentra aquélla⁷²⁹. En principio, "bastaría la existencia objetiva del

⁷²⁵ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La flexibilización del despido disciplinario, en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada (I)", cit., pág. 4.

⁷²⁶ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 77.

⁷²⁷ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 77.

⁷²⁸ STS 22 octubre 1997 (Ar. 7548).

⁷²⁹ CABEZA PEREIRO, J.: "Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y

embarazo al momento del despido para trasladar al empresario la carga probatoria de su procedencia por causas no inherentes al embarazo, razón por la cual, a efectos prácticos, se está presumiendo que el empresario conoce el embarazo y que ello es la causa del despido"⁷³⁰.

Ahora bien, no faltan pronunciamientos judiciales --harto criticables-- en los cuales el despido de una trabajadora embarazada sólo se declara nulo si la empresa es conocedora de tal estado, siendo considerado improcedente si la empleadora lo desconocía⁷³¹.

9.- En fin, las consideraciones anteriores dan sobradas muestras de que las garantías legales transcritas (aun cuando suponen un importante avance) no permiten la realización plena de la igualdad material entre hombres y mujeres integrantes de una unidad familiar. De una parte, porque quienes ejercitan los derechos de conciliación son fundamentalmente las trabajadoras, de manera que la razón última del móvil discriminatorio sigue estando ligado al género, por más que se quiera hacer desaparecer por parte del legislador, cualquier referencia al sexo, mediante la utilización de términos neutros como "permiso parental" o "personas trabajadoras". De otro lado, porque ni siquiera para las destinatarias fácticas de las medidas examinadas se arbitra una garantía lo suficientemente amplia y eficaz como para reforzar su estabilidad

(..continuación)

laboral de las personas trabajadoras", cit., pág. 37. De todas formas, algunos autores --de una forma no demasiado afortunada-- han criticado el hecho de computar --al igual que hace la Directiva 92/85-- el período durante el que no cabe el despido a partir del comienzo del embarazo, en lugar de a partir del momento en que el empresario tiene conocimiento de esta circunstancia, pues no en vano parece obvio que si el empresario despide injustamente, ignorando que la trabajadora está embarazada, el móvil presuntamente discriminatorio ya no será la maternidad, sino otro distinto, al margen del espíritu de la norma. PAOLI, C.: "Las trabajadoras y la maternidad. Algunos ejemplos de países de Europa occidental", *RIT*, Vol. 101, núm. 1, 1982, pág. 36.

⁷³⁰ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La flexibilización del despido disciplinario en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada", *La Ley*, núm. 5138, 2000, pág. 4. En este sentido, SSTSJ Cataluña 7 enero 1999 (Ar. 1096), Cantabria 29 diciembre 2001 (Ar. 2002/284) ó Cataluña 4 octubre 2001 (Ar. 900).

⁷³¹ STS 26 febrero 2004 y STSJ Canarias/Sanata Cruz de Tenerife 17 febrero 2004 (ambas en *RTSS -- CEF--*, núm. , 2004, pág. 2).

en el empleo y en las condiciones de trabajo, toda vez que los mecanismos legales presentan graves fisuras que permitirán al empresario desprenderse de ellas o perjudicarlas de cualquier otro modo por razón de su maternidad o atención de responsabilidades familiares⁷³².

⁷³² GARCIA ROMERO, B. y LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La protección jurídico-laboral de mujeres y menores*, cit., pág. 68.

III.- REFLEXIONES FINALES

La incorporación de las mujeres al mercado laboral ha supuesto en buena medida la transformación de las relaciones familiares, que se han visto impregnadas por serios obstáculos cuyo origen se encuentra en el papel que tradicionalmente ha asumido la mujer de forma natural, siempre vinculado con las responsabilidades familiares.

Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre varones y féminas, que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la familiar.

La corresponsabilidad de hombres y mujeres en la atención de la familia potenciada desde el Estado y desde las Comunidades Autónomas es, pues, la mejor vía para ir avanzando en la construcción de políticas públicas de protección familiar. En este sentido, la LCVLF perfecciona los mecanismos de protección, establecidos ya con anterioridad, en beneficio de los trabajadores asalariados, con el fin último de conseguir una adaptación mutua entre el trabajo (especialmente de las mujeres, cada vez con más peso específico en todos los sectores de la producción), y el tiempo necesario para el desarrollo de la vida familiar (cada vez más complejo sobre todo en los núcleos urbanos donde aquel trabajo tiene lugar mayoritariamente). Pero, en realidad, la Ley (por más que utilice los circunloquios de "conciliación" de vida laboral y familiar y de "personas trabajadoras") se inscribe en el contexto de una serie de normas que, desde antiguo, tienden a aliviar las penalizaciones de la mujer con responsabilidades familiares en el trabajo asalariado, tomando únicamente en cuenta el marco en que esa penalización se ha venido produciendo tradicionalmente: la familia nuclear estable.

En definitiva, la Ley no trata más que de mejorar el sistema ya

existente de los diversos tipos de permisos que traen su causa en la maternidad o en situaciones femeninas homologables y en circunsantaicas familiares conexas a ellas, pero no aborda el problema de la corresponsabilidad familiar desde un punto de vista integral. Sería conveniente, por tanto, adoptar un punto de partida distinto, introduciendo los cambios legislativos necesarios en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar más activamente en la vida familiar (a este respecto han sido muchas las propuestas de reforma formuladas a lo largo del presente trabajo), pero dando un paso adelante en el camino hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y proporcionando los servicios públicos necesarios para otorgar el cuidado necesario a la familia "postradicional". Es decir, no sólo favorecer que el disfrute de los permisos por maternidad o paternidad no afecte a las posibilidades de acceso al empleo o a las condiciones de trabajo, sino conseguir un compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y privada a través de la promoción de servicios de atención a las personas necesitadas en un marco más amplio de atención a la familia. Así se conseguiría no sólo una mayor presencia de las mujeres en el mercado de trabajo y una mejora en sus posibilidades de carrera profesional, sino también se facilitaría la creación de cuantiosos puestos de trabajo en aquellos supuestos en que las mujeres se emanciparan de las tareas propias del ámbito doméstico-familiar.

De ello es consciente, sin duda, la Junta de Castilla y León, pues, entre sus múltiples iniciativas, destacan aquellas recogidas a tales efectos en el Acuerdo 9/2004, de 22 de enero, por el que se aprueba la estrategia regional para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

Descendiendo a un terreno más concreto, las propuestas a materializar pueden ser varias:

1^a.- Es preciso proceder a la modificación de aquellas

instituciones que, como la lactancia o la suspensión del contrato en caso de parto, siguen haciendo del cuidado de los hijos una tarea principalmente femenina. En estos casos, al quedar protegida únicamente la familia nuclear, el Estatuto de los Trabajadores no diferencia adecuadamente el primer estado de protección a la familia, que se circunscribe al cuidado de la mujer por el hecho biológico de la maternidad, del segundo, en el que las medidas protectoras se otorgan con el objetivo de facilitar tanto al padre como a la madre el cuidado de los hijos. La disfuncionalidad se localiza, pues, en la atribución de la titularidad de determinados derechos que, aunque no llegue a una individualización que permita su ejercicio simultáneo, debe al menos situar al hombre y la mujer en un plano de igualdad. Sería necesario, por ello, que en supuestos como la lactancia o la suspensión del contrato por nacimiento de un hijo biológico, el ámbito subjetivo de la norma ofreciese una protección equivalente como mínimo a la dispensada en los casos de permiso por nacimiento de un hijo prematuro o que deba permanecer hospitalizado o de la suspensión del contrato por adopción o acogimiento.

2ª.- El alcance de la tutela dispensada a la familia nuclear no cubre siempre y en todo caso las necesidades de cada uno de sus miembros; antes al contrario, cada uno de los componentes de este grupo familiar quedan, en determinadas situaciones, claramente faltos de un mayor amparo legal. Así, muchas mujeres pueden ver perjudicada su vida profesional como consecuencia de la ausencia de regulación de situaciones que obligatoriamente deben atender como sucede, por ejemplo, con la necesidad de acompañar a los hijos al médico, con su cuidado en caso de enfermedades que no revistan gravedad, o con la lactancia del recién nacido cuando el desempeño del trabajo implique un riesgo para la salud del menor.

3ª.- La desprotección del padre resulta también notoria, en especial en los supuestos de nacimiento de un hijo biológico, ya que, al margen del permiso de dos días naturales del art. 37.3 b) ET, carece de un derecho propio que le permita establecer vínculos de

convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su retribución. La única posibilidad que se le ofrece queda mediatizada por la decisión de la madre de cederle parte de las semanas de suspensión del contrato por maternidad, a la que, además, se le exige desarrollar una actividad incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores o en algún régimen público de Seguridad Social.

Sería conveniente, por tanto, conseguir una ecuación más conciliada entre trabajo y familia introduciendo el denominado "permiso por paternidad" de exclusiva titularidad masculina, cuya duración podría oscilar entre dos y cuatro semanas. Con ello se conseguirían cuatro objetivos claros: primero, se incorporaría una verdadera corresponsabilidad para el padre en las tareas domésticas y en las responsabilidades familiares derivadas de un nacimiento; segundo, la maternidad trasladaría a la empresa una consecuencia laboral semejante para el padre y para la madre, como es la interrupción laboral de su trabajo; tercero, la maternidad-paternidad sería asumida por la pareja en todas sus dimensiones y efectos, equiparando al hombre con su mujer en las consecuencias de una decisión común; y cuarto, se eliminaría la hipoteca laboral que pesa sobre las mujeres por su función reproductora en el ámbito de las organizaciones productivas.

De gran interés es, igualmente, el incentivo económico del que pueden disfrutar los padres que utilicen la suspensión del contrato por nacimiento o adopción de hijo (Orden de la Consejería de Familia de la Junta de Castilla y León, de 9 de diciembre de 2003).

4ª.- Incluso los hijos quedan a veces ignorados por el ordenamiento laboral, pues el legislador considera que la provisionalidad característica del acogimiento simple excluye esta figura de la posibilidad de asimilación al nacimiento de un hijo que, sin embargo, sí estima procedente en caso de adopción o acogimiento preadoptivo o permanente. Esto supone que los

menores en esta situación no pueden enumerarse entre los sujetos causantes de muchos derechos concedidos por el Estatuto de los Trabajadores para el cuidado de los hijos, aunque en su caso corresponda a quienes les hayan acogido el desempeño de todas las funciones de compañía, alimentación o educación que integran el aspecto personal de la patria potestad. Las propias dudas que acompañan a la regulación civil de este tipo de acogimiento parecen derivar, en definitiva, en la desprotección de determinadas situaciones que deberían tenerse en cuenta.

5ª.- La protección estatutaria de los familiares más próximos (hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad), además de tener una importancia secundaria, es susceptible de ser valorada desde una doble perspectiva:

Por una parte, debe identificarse como un intento legislativo que puede favorecer la conciliación entre el cumplimiento de las obligaciones laborales y la atención a determinados parientes, sobre todo ancianos o discapacitados, que suele recaer con mucha frecuencia sobre las mujeres trabajadoras. Además, como los derechos encaminados a la tutela de esta familia-linaje se han concedido de forma individualizada a cada trabajador, su regulación puede repercutir en un incremento de la asunción masculina de responsabilidades familiares que socialmente resulta muy oportuno.

Por otra, el modo en que se ha llevado a cabo la inclusión de las medidas relativas a la familia más próxima en el Estatuto de los Trabajadores hace pensar, sin embargo, en una posible huida de asunción de responsabilidades por parte de los poderes públicos. Ciertamente es que, en un momento de auge del Estado del Bienestar, la Seguridad Social comenzó a asumir muchas de las obligaciones que, hasta esa época, correspondían a la familia. De hecho, bastantes prestaciones sociales se concibieron como medidas complementarias de la obligación civil de alimentos. No menos cierto resulta tampoco que, a partir de los años setenta, se viene

auspiciando, desde posturas neoliberales, el fin de esta tendencia intervencionista y el retorno a una regulación de tipo individualista que despoje al Estado de ciertas responsabilidades, como las relacionadas con el envejecimiento de la población.

En este contexto, procede advertir una cierta relación entre la incorporación al Estatuto de los Trabajadores de supuestos protectores de la familia y la voluntad estatal de mantener en el ámbito de lo privado --y, por tanto, en manos de la mujer-- el cuidado de los parientes ancianos o minusválidos especialmente necesitados de atención. En realidad, la tutela generosa de esta realidad familiar amplia no pretende relevar a la mujer de sus obligaciones de asistencia, sino que se limita a facilitar el desempeño de tales cuidados favoreciendo su permanencia en el puesto de trabajo o la colaboración de sus parejas. Sin embargo, mientras la protección a la familia no se acompañe de mecanismos que compensen la pérdida de ingresos que provocan, ni siquiera el acceso a tales facilidades resulta sencillo. Cabe esperar, por ello, una mayor implicación de los poderes públicos (la Comunidad Autónoma de Castilla y León se muestra proclive a ello, tal y como se desprende de lo previsto en el Acuerdo 9/2004, de 22 de enero, por el que se aprueba la estrategia regional para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar), que por expreso mandato de los arts. 49 y 50 CE deben amparar el bienestar de minusválidos o ancianos con independencia de las obligaciones familiares.

Un plan de atención a la dependencia que combine la prestación pública con la concertación privada de este servicio generará cuantiosos empleos, al tiempo que favorecerá la inserción laboral de mujeres con poca cualificación profesional, eliminando el injusto y absurdo gravamen que pesa sobre ellas.

6ª.- Las familias monoparentales no se consideran dignas de regulaciones específicas, si bien no falta alguna excepción, en la que como ocurre con el fallecimiento de la madre en la suspensión del contrato por maternidad, se tiene en cuenta expresamente las

consecuencias de la monoparentalidad. Sería oportuno, por ende, el establecimiento de un régimen protector de estas realidades familiares que evitara acudir a interpretaciones extensivas para integrar lagunas tal y como sucede, por ejemplo, con el permiso por lactancia.

7^a.- La convivencia *more uxorio* tampoco se considera merecedora de una protección expresa, salvo en la medida en que los componentes de la pareja de hecho se conviertan en los progenitores de una familia nuclear, no en vano el legislador estatutario no realiza más concesiones a estas uniones que las derivadas estrictamente de las exigencias constitucionales contenidas en el art. 39.2: proteger a las madres con independencia de su estado civil y a los hijos con independencia de su filiación. En el texto legal vigente parece acogerse, pues, la interpretación constitucional más estricta y desonocedora de las nuevas realidades familiares, que necesita ser urgentemente corregida.

Es más, en la medida en que en términos jurídicos tradicionales la expresión "parientes" o "familiares" se extiende únicamente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, las uniones de hecho quedarían excluidas del disfrute de los permisos retribuidos por accidente u hospitalización de familiares, de la reducción de jornada para su cuidado y de la excedencia por el mismo motivo. No debe olvidarse, sin embargo, que en una relación de convivencia de hecho estable los miembros de la pareja se prestan mutuamente distintas ayudas, auxilios y atenciones. De ahí que deba reconocérseles la posibilidad de seguir prestándose esos auxilios recíprocos, precisamente cuando uno de los dos más los necesita. Así, para poder obtener estos concretos derechos sería oportuno que la norma laboral exigiera que la pareja tuviera una mínima estabilidad o permanencia acreditada a través de la certificación del correspondiente registro, pues una unión concebida para el disfrute durante un breve tiempo de los placeres y las ventajas de la vida en común, sin la idea de prestación mutua de ayudas y socorros, difícilmente puede justificar el

reconocimiento a quienes se encuentran en dicha situación de los derechos laborales mencionados.

En fin, demasiados temas pendientes, demasiadas preguntas sin respuesta o mal contestadas, excesivas situaciones injustas, omisiones interesadas, recelos... para conseguir una plena protección jurídico laboral de la familia que pugna por aflorar como un bien social necesario. En consecuencia, es tarea de todos, Administraciones Públicas, empresas privadas, asociaciones de todo tipo, contribuir a la consecución del objetivo de hacer posible que el trabajo no sea un obstáculo para atender las necesidades de la familia, y al contrario, que la vida familiar no signifique una cortapisa en el desarrollo profesional presente y futuro de la persona. La Junta de Castilla y León debe seguir trabajando, pues, en esta importante tarea.