

DL

AVANCES LEGISLATIVOS Y JUDICIALES EN LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Margarita Apilluelo Martín *

Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EMBARAZO DE LA TRABAJADORA: II.1. Inicio del embarazo: conocimiento por el empresario: a) Tutela preventiva. b) Tutela por despido. II.2. Riesgos específicos por embarazo y evaluación. II.3. Suspensión por riesgo durante el embarazo.—III. MATERNIDAD DE LA TRABAJADORA: III.1. Ampliación de supuestos: a) Introducción. b) Supuestos protegidos. c) Beneficiarios. III.2. Duración del descanso: a) Duración ordinaria. b) Interrupciones: a,) Procesos de IT: a,,) IT durante el embarazo. b,,) IT durante el período de descanso. c,,) IT posterior al período de descanso. b,) Vacaciones. c) Fallecimiento del hijo y del padre. III.3. Subsidios de maternidad: a) El Subsidio ordinario: a,) Período de carencia. b,) Cuantía de la prestación. b) El Subsidio especial. III.4. Períodos de cotización asimilados. III.5. Prestación de paternidad.—IV. REINCORPORACIÓN DE LA TRABAJADORA A SU PUESTO DE TRABAJO: IV.1. Riesgo durante la lactancia. IV.2. Adaptación y distribución de su jornada por cuidado del hijo.

RESUMEN

Tras la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, de Conciliación de la vida laboral y familiar y, de forma relevante, tras la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que trasponen el Derecho comunitario, nuestro Ordenamiento jurídico ha avanzado considerablemente ante la situación de maternidad y asunción de obligaciones fami-

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra.

DL Avances legislativos y judiciales en la protección de la maternidad

liares. La STJCE de 26 febrero 2008 y la STC de 21 julio 2008 vienen a dar cuenta también de estos avances y suponen el reconocimiento de la tutela preventiva en salud y seguridad (la primera) y de la tutela específica por despido (la segunda), ambas durante el período temporal completo del embarazo. De otro lado, la STSJ de Madrid de 19 diciembre 2007 y la del Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, de 5 agosto de 2008 ofrecen la única interpretación que debía otorgarse al nuevo artículo 34.8 LET, sobre el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2008, aunque vincula la elección de horario a la reducción de jornada, no toma en cuenta por razones temporales el citado artículo 34.8 LET que deja el tema de la adaptación y distribución de la jornada al convenio colectivo o al acuerdo individual.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se ha dividido el iter cronológico del período de maternidad en tres partes, el embarazo, la maternidad propiamente dicha y la reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo, señalándose en cada uno de esos períodos los derechos y la tutela que el Ordenamiento jurídico ha dispuesto sobre esta situación, sobre todo a partir de la LOI, en aras a la protección de la madre y del hijo, con las novedosas interpretaciones que nuestros Tribunales vienen efectuando.

Aunque el legislador todavía no ha regulado de manera integral las diferencias de género por lo que afecta, sobre todo, a la seguridad y salud en el trabajo, ha sabido ir avanzando en el reconocimiento y tutela de derechos laborales ante la situación de maternidad y asunción de obligaciones familiares. Las recientes decisiones judiciales que interpretan diversos contenidos legislativos sobre el tema confirman el verdadero sentido de la LOI que no es otro que el efectivo cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo que impregna las reformas legislativas sobre el derecho de protección y sobre la garantía de indemnidad ante la situación de la maternidad.

II. EMBARAZO DE LA TRABAJADORA

II.1. Inicio del embarazo: conocimiento por el empresario

a) *Tutela preventiva*

El artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 octubre 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia exige que la mujer trabajadora que se encuentre en alguna de estas tres situaciones comunique su estado al empresario con el objetivo fundamental de poner en marcha las oportunas medidas de protección de la salud y seguridad de la misma. Aunque otros Ordenamientos

nacionales han traspasado a sus textos legales esta obligación, el artículo 26 LPRL no contiene esta exigencia de comunicación al empresario por parte de la mujer que se encuentra en esos estados, pues la finalidad de este precepto —con un mayor nivel de protección mayor que la Directiva— es que la mujer obtenga tutela preventiva de su situación de embarazo con independencia de esa comunicación formal.

Si bien ese deber de cumplimiento informativo al empresario podría encontrar respaldo en el artículo 29.2.4 LPRL, como una de las situaciones que entraña riesgo para la seguridad o salud y, como tal, con obligación por su parte de comunicarla al empresario, o en el artículo 29.2.6 LPRL en tanto supondría una de las manifestaciones del deber de cooperación con el empresario, sucede que la mujer embarazada o que ha dado a luz o se encuentra en período de lactancia, al no contar con las garantías precisas frente a los actos empresariales de discriminación que se pueden producir en su relación laboral como consecuencia de esa información dada, se ve necesitada no sólo de una tutela antidiscriminatoria por ese específico motivo —que nuestro Derecho positivo así le dispensa—, sino también resulta necesaria una eficaz tutela en materia de protección de su seguridad y salud desde el mismo momento de comienzo de su embarazo con independencia de que lo comunique.

Nuestro Ordenamiento jurídico contiene la tutela de seguridad y salud a través de la imposición al empresario de una clara y rotunda obligación que se contiene en dos preceptos, los artículos 16.1 y 26.1 LPRL, a partir de los cuales se le impone el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales ante la presencia en su empresa de cualquier mujer trabajadora y específicamente para la que se encuentra en estado de gestación o de parto reciente. En efecto, el artículo 26.1 LPRL, como manifestación específica de la evaluación ordinaria del artículo 16 LPRL, establece que el empresario en la evaluación de riesgos deberá tener en cuenta aquellos riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente porque ya previamente y con carácter general, a partir del artículo 16.1 LPRL, se han evaluado y valorado los riesgos existentes para la salud de cualquier mujer trabajadora o del feto con independencia de que la misma se encuentre o no en estado de gestación o haya dado a luz. Por tanto, si una de esas situaciones —embarazo o parto reciente— tienen posibilidad de actualización, el Ordenamiento jurídico debe desplegar su tutela de seguridad y salud sin condición o requisito alguno que retrase su cumplimiento, como sucedería si se acepta la fecha de comunicación del embarazo al empresario como fecha de comienzo de la aplicación de las normas específicas de prevención de salud y seguridad para la mujer embarazada.

Los términos de dispensa de esa tutela preventiva se contienen de forma clara en el citado artículo 26.1 LPRL en donde la evaluación de los riesgos debe comprender la determinación de 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, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Es decir, nuestro Derecho positivo mejora aquí también el régimen de protección de la mujer trabajadora dispuesto en la Directiva 92/85/CEE¹ que parte del supuesto de hecho de embarazo, postparto o lactancia ya existentes. Sin embargo, por aplicación del artículo 26.1 LPRL, las medidas preventivas son exigibles al empresario aunque no hubiese certeza de riesgo sino probabilidad del mismo sobre la situación de embarazo de la mujer trabajadora que puede desconocerse ese estado por el empresario e, incluso, por la madre.

La tutela preventiva, por tanto, no debe hacerse depender de la comunicación del embarazo de la mujer trabajadora al empresario, pues éste debe desplegar todos los medios legales que la Ley arbitra ante la posibilidad de un embarazo. Así, en la evaluación de riesgos de cualquier puesto de trabajo, y al amparo del artículo 16.1 LPRL, debe tenerse en cuenta y evaluado con carácter general los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo con independencia de quién esté en el mismo, pero si ese puesto de trabajo es ocupado por una mujer se deberá evaluar si la naturaleza, grado y duración de la exposición a los mismos pueden influir negativamente en la salud de ella o del feto, con independencia de que esté o no embarazada. El máximo nivel de protección que el empresario está obligado a dar a cualquier trabajador debe contar necesariamente con las propias circunstancias de cada uno de ellos para eliminar todos los riesgos o reducirlos al máximo [arts. 15.1.d) y 16.2.a) LPRL] y, por tanto, cuando se trata de una mujer deberá tener en cuenta la particularidad física de un posible embarazo a la hora de identificar y evaluar los riesgos, consiguiéndose así no sólo la plena efectividad del derecho a una protección eficaz de la maternidad en materia de seguridad y salud sino también una condición indispensable para ir logrando la plena efectividad del derecho a la igualdad de trato en el ámbito laboral. El artículo 4 RSP que describe cuál sea el contenido general de la evaluación de riesgos remite, por un lado, al artículo 4.7 LPRL para que en la «condición de trabajo» a evaluar se tenga en cuenta «cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos...» y, por otro, subraya la necesidad de tomar en cuenta la posibilidad de que el puesto de trabajo lo ocupe o vaya a ocuparlo un trabajador especialmente sensible por sus características personales o estado biológico conocido a alguna de tales condicio-

¹ La Directiva 92/85/CEE establece que la evaluación de riesgos, para las trabajadoras en el período de embarazo, postparto y lactancia, consta al menos de las siguientes etapas: a) Identificación de los peligros y factores de riesgo a los que están sometidas; b) Determinación de la categoría del riesgo no tolerable y del período límite de exposición al mismo y, c) Evaluación del riesgo, que deberá adaptarse a la especificidad de la situación, sin perjuicio de las evaluaciones de riesgos que puedan efectuarse con carácter general.

nes. La incertidumbre, por un lado, de la realidad del embarazo por parte de la mujer por un espacio de tiempo de al menos un mes y su derecho, por otro, a no comunicar su embarazo al empresario, conlleva su desprotección y la del feto en materia preventiva si no se le dispensa esa tutela preventiva desde el inicio del embarazo.

En cualquier empresa² y de forma obligatoria deben negociarse y, en su caso, acordarse (art. 45 LOI)³ con los representantes legales de los trabajadores las medidas preventivas necesarias y concretas para este supuesto, entre otros, clasificando los puestos de trabajo en los que pueden influir con mayor y menor intensidad o mayor y menor probabilidad tales riesgos ante la posibilidad de un embarazo, y la mujer trabajadora así los debe conocer así como los concretos riesgos específicos de cada uno de ellos para su salud y seguridad como para la del feto. Así, si la mujer se encuentra con posibilidades de estar embarazada o embarazada pero desconociéndolo, conocerá los riesgos específicos de su puesto de trabajo y los medios de protección dispuestos a su alcance y los utilizará porque deberá haber una amplia previsión de riesgos y de medidas de protección negociadas con el empresario⁴. Sólo para el caso en el que hiciese falta una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o un cambio de puesto o función mientras termina su embarazo (art. 26.1 y 2 LPRL) nacería la obligación de comunicarlo al empresario, como titular del poder de dirección de la empresa. Sin embargo, esa misma obligación no nace desde el conocimiento del embarazo por la mujer porque, en primer lugar, es posible que la mujer tarde un tiempo en conocerlo y, en segundo, porque el empresario no es titular de ningún derecho sino de la obligación de cumplir el deber de protección de la maternidad desde la fecha de la concepción.

² Si la empresa supera los 250 trabajadores o viene establecido en Convenio Colectivo o así lo decida la Autoridad Laboral en sustitución de sanciones por incumplimientos del Plan de Igualdad, el artículo 45.2 LOI obliga al empresario a adoptar, más que medidas de igualdad de trato y oportunidades, un Plan de Igualdad que, a tenor del artículo 46.1 LOI viene definido como «un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo». Especificando el artículo 46.1 LOI que en ese Plan de igualdad se deben fijar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución y los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos alcanzados.

³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «*La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007*», *RL*, núm. 8/2007, pp. 1-16, esp. pp. 10-12. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «*Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*», *RL*, núm. 8/2007, pp. 61 y ss.

⁴ La negociación colectiva todavía no ha sabido responder a estos postulados normativos, teniendo actualmente los aspectos de salud y seguridad de las trabajadoras un escaso eco. Cfr.: SUÁREZ CORUJO, B.: «*La protección de trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos en la negociación colectiva de ámbito estatal: un panorama desalentador*», en AA.VV. *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, núm. 8/2007, pp. 82 y ss.

Trasladar la tutela preventiva de la mujer embarazada al momento en que el empresario tenga conocimiento del mismo no supone otra cosa que conseguir una desprotección absoluta de la trabajadora y del feto que requieren de la máxima protección por el Ordenamiento jurídico, incluso por encima del desconocimiento de la madre o de su propia voluntad que, con amparo en su derecho a la intimidad y temor a discriminación, no desea comunicar su estado de gravidez al empresario. Si nuestro Ordenamiento jurídico de prevención no exige a la mujer efectuar esa información es precisamente porque desea la protección de la salud y seguridad de la mujer y del feto desde el mismo momento de la concepción. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional⁵ cuando refiriéndose a las reglas de tutela contenidas en el artículo 26 LPRL las interpreta como manifestación del derecho a la vida y a la integridad física y moral contenidas en el artículo 15 CE, destacando la faceta preventiva del derecho, dado que «no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse». En el mismo sentido el Tribunal Europeo⁶ obviando la circunstancia de si la trabajadora estaba o no embarazada reconoció la obligación empresarial de aplicar a aquélla el específico régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo que venía establecido normativamente. Desde esta perspectiva el riesgo de determinados puestos de trabajo, por sus condiciones de trabajo, agentes o procedimientos participantes en relación con el embarazo existe desde el momento de la concepción para cualquier trabajadora en edad fértil, y en esos supuestos es cuando las normas de prevención de riesgos laborales deberán ser de exhaustivo cumplimiento por el empresario y atención por la trabajadora.

El período de tiempo carente de tutela en materia de prevención de riesgos al que nos venimos refiriendo que no excederá, por lo general, de uno o dos meses sin conocimiento de la mujer de su estado y de cuatro meses en que la trabajadora mostrará evidencias de su estado, es un período de tiempo muy importante para la formación del feto donde las normas de prevención de riesgos asociados a un puesto de trabajo deben jugar su papel relevante y crucial en esa tutela eficaz. Lograr la aplicación de normas de prevención específicas para cualquier mujer trabajadora en edad fértil que protejan eficazmente un posible embarazo, al igual que el artículo 25.2 LPRL protege específicamente para todos la posible procreación, no supone otra cosa que entender el concepto de maternidad desde una perspectiva íntegra, superando la definición establecida en el artículo 2 Directiva 92/85/CEE que lo restringe a la fecha de comunicación del empresario, al que nuestros Tribunales de Justicia tanto han apelado.

⁵ STC 62/2007, de 27 marzo (BOE de 26 abril).

⁶ STJCE de 8 noviembre 1990 (Asunto Dekker).

b) *Tutela por despido*

Cuando la mujer trabajadora ha reclamado no su tutela preventiva, sino la antidiscriminatoria por despido por motivos de maternidad, argumentos como la seguridad jurídica han hecho que los Tribunales de justicia la otorguen a partir del conocimiento por el empresario del estado de gravidez de la mujer trabajadora haciendo una interpretación de nuestro Ordenamiento jurídico —que como hemos dicho supera el nivel mínimo de protección— de acuerdo con la citada Directiva 92/85/CEE, a la par de esgrimir igualmente una interpretación restrictiva del artículo 55.5 LET, que ofreciendo una tutela antidiscriminatoria por despido «desde el inicio del embarazo»⁷, la posponen a la fecha de comunicación del embarazo al empresario⁸, o a la de su conocimiento o del superior jerárquico⁹.

Han sido dos recientes decisiones judiciales, una del Tribunal de Justicia Europeo y la otra del Tribunal Constitucional las que dan un giro importante, tanto en el reconocimiento del derecho a la tutela preventiva de la mujer trabajadora durante todo el tiempo de su maternidad, la primera, como en el reconocimiento del derecho a la tutela antidiscriminatoria por despido también durante todo el tiempo de su maternidad, la segunda, superándose la absoluta limitación de ambas tutelas a la fecha de comunicación del embarazo al empresario o de conocimiento de ella o del empresario.

La STJCE de 26 febrero 2008¹⁰ estudia y resuelve un supuesto de una mujer sometida a un proceso de fecundación *in vitro* que se ve despedida en los estados previos a la implantación del óvulo fecundado en su cuerpo, interpretando los contenidos de las Directivas 92/85/CEE y 72/207/CEE (hoy sustituida por la Directiva 2006/54/CEE) que, como ya conocemos, procuran la prevención de la actual o potencial madre y la igualdad de las mujeres. El Tribunal Europeo mezclando indebidamente los dos tipos de tutela, la preventiva por maternidad y la antidiscriminatoria por ese mismo hecho, resuelve con la no aplicación de ninguna de las dos, sustituyéndolas por la aplicación de la general tutela antidiscriminatoria por lesión al principio de igualdad.

Como la causa de la decisión judicial es el despido de esta mujer trabajadora se aduce por el Alto Tribunal (ap. 39) que la finalidad de la Directiva 92/85/CEE es «evitar el riesgo de despido de la trabajadora por motivos relacionados con su estado para evitar perjuicios en su salud física y psíquica» cuando ésta es una finalidad colateral a la principal de procurarle la seguridad y salud en la situación de maternidad como grupo de especial

⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados», *Diario la Ley*, núm. 6615/2006.

⁸ SSTs de 19 julio 2006 (u.de d. núm. 387/2005) y 24 julio 2007 (u.de d. núm.2520/2006), por todas.

⁹ STS de 26 febrero 2004 (u.de d. núm. 2569/2003).

¹⁰ Asunto C-506, Caso Mayr.

riesgo, siendo el despido una circunstancia sobrevenida a la maternidad y que también la Directiva tiene en cuenta a los efectos de evitar posibles daños físicos o psíquicos sobre la misma, entre los que se encuentra principalmente el aborto. A partir de este momento, confundiendo la tutela preventiva con la antidiscriminatoria por maternidad, resuelve que no tiene derecho a esta última tutela. En efecto, tras admitir el Tribunal que «la fecha que debe tenerse en cuenta para garantizar la seguridad y la protección de las trabajadoras embarazadas es la fecha más precoz posible de la existencia de un embarazo» (ap. 40), a continuación resuelve que «aun suponiendo, por lo que respecta a una fecundación *in vitro*, que dicha fecha sea la de la transferencia de los óvulos fecundados al útero de la mujer, por razones derivadas de la observancia del principio de seguridad jurídica, no cabe admitir que la protección establecida por el artículo 10 de la Directiva 92/85 (tutela antidiscriminatoria por maternidad) se extienda a una trabajadora cuando, en el momento en que se le comunica su despido, aún no ha tenido lugar la transferencia de los óvulos fecundados *in vitro* a su útero» (ap. 41).

Desde esta perspectiva, parece que si hubiese tenido lugar la transferencia de óvulos fecundados al cuerpo de esta mujer, se supondría a ésta como embarazada, por ser aquélla la fecha más precoz —aunque sólo sea de posible embarazo y no real— que debe tenerse en cuenta para garantizar la salud y seguridad de la mujer. Parece, por tanto, que en este supuesto no hubiera habido problemas para aplicar la protección eficaz en salud y seguridad en su centro de trabajo, ni tampoco para que no se discutiese la tutela antidiscriminatoria por maternidad ante su despido, y ello teniendo en cuenta o partiendo del supuesto de que la trabajadora estaba tan sólo potencialmente embarazada tras la implantación de los óvulos. Y este argumento se deduce claramente de la doctrina de este Tribunal cuando para negar la tutela a la trabajadora despedida —a la que no se le había implantado todavía los óvulos— lo fundamenta en «los efectos perniciosos que tendría adelantar la tutela de la salud antes de esa transferencia de óvulos «cuando esta transferencia se retrasara por cualquier razón durante varios años o incluso se renunciara definitivamente a ella, al efectuarse la fecundación *in vitro* como mera medida de precaución» (ap. 42). Por tanto, parece quedar bastante claro que la fecha de la implantación se tendría en cuenta como la fecha de comienzo de la protección por maternidad, aunque, insistimos, pudiera no haberse logrado el embarazo. Y si la protección por maternidad se aplicase desde esta fecha de la implantación de los óvulos en que sólo es posible y artificialmente el embarazo, igual protección debería tener cualquier mujer que en edad fértil tenga posibilidad de un embarazo natural.

Con todo, el Tribunal Europeo no profundiza el importante y actual tema de la protección por maternidad en los supuestos de fecundación artificial ni se pronuncia acerca del derecho de protección eficaz de la salud y seguridad de la mujer embarazada, sea de forma artificial o natural ni, por ello, de la

discriminación por maternidad. Sucede que la doctrina aplicativa del principio general de igualdad entre mujeres y hombres subsume cada vez más supuestos exclusivos de la específica discriminación por causa de la maternidad. Por ello, en el caso de la Sentencia del Tribunal Europeo comentada, se cierra el asunto resolviendo sobre la existencia de discriminación en la mujer despedida porque el tratamiento a que estaba sometida «es por una causa que no afecta por igual a mujeres que a hombres, sino directamente a mujeres y por tanto discriminatoria», confundiendo nuevamente el Tribunal que precisamente los estadios previos a la fecundación *in vitro* afectan exactamente igual al hombre y a la mujer y que, tan sólo, a partir de la implantación de los óvulos en el cuerpo de la mujer es cuando empieza la afectación exclusiva a la mujer.

Pero la tutela antidiscriminatoria por atentado al principio de igualdad no es lo mismo cuando dicha tutela tiene como objetivo específico la maternidad. La tutela antidiscriminatoria por despido por causa de maternidad y dispensada por el artículo 55.5 LET se otorga, como hemos dicho, «desde el inicio del embarazo» y sin que ese inicio, como venimos manifestando, venga referido a la fecha de comunicación del embarazo al empresario que nuestro Derecho omite (art. 26 LPRL); previsiones normativas ambas que superan el nivel de protección dispuesto en la Directiva 92/85/CEE. El artículo 55.5 LET que regula la tutela ante el despido discriminatorio contiene, tras su ampliación por la DA 11.^a14 LOI, un régimen jurídico de tutela antidiscriminatoria por despido diferente según sea el supuesto general de discriminación o lesión de derechos fundamentales o, en segundo lugar, el supuesto específico de la maternidad: 1.º) Si el despido tiene por móvil «alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» del artículo 55.1, primer párrafo LET, que no ha sufrido modificación; y 2.º) Si el despido se produce «durante el tiempo que dura el embarazo, o durante el tiempo de ejercicio de los derechos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y enfermedades conectadas con el embarazo o la lactancia», de los párrafos a), b) y c) del artículo 55.5 LET. El primer tipo de tutela por discriminación es general para toda lesión del principio de igualdad y resto de derechos fundamentales y afecta a cualquier trabajador. El segundo tipo de tutela es específica y afecta exclusivamente a la protección de la situación de maternidad, entendida ésta en términos amplios¹¹, tal y como se contiene en los párrafos a), b) y c) del artículo 55.5 LET, referidos. Y la distinción es sumamente importante por la automaticidad aplicativa de la nulidad del despido ante el simple conocimien-

¹¹ Sobre la amplitud de la protección a los actos preparatorios del despido, su actualización y posterior comunicación por el empresario a la trabajadora, STJCE de 11 octubre 2007, caso C-460/08.

to por el Juzgador de alguna de las situaciones previstas en esos nuevos párrafos del artículo 55.5 LET. Por ello, a diferencia de la nulidad por despido por alguna de las causas de discriminación prohibidas por la CE o la Ley o con violación de derechos fundamentales donde el empresario puede probar la ausencia de esas causas, en los supuestos de discriminación relacionados con la maternidad no se le permite la posibilidad de prueba alguna en contrario, resultando por ello la situación de maternidad mucho más protegida o reforzada que en el anterior caso de tutela general¹².

Esta interpretación es la que ha imperado para el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 21 julio 2008¹³, que otorga la tutela antidiscriminatoria por maternidad a una mujer que no había comunicado su embarazo al empresario porque «todos los criterios de interpretación del artículo 5.5 LET conducen a considerar que (...) la nulidad del despido tiene un carácter automático vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora¹⁴ y a no considerar el despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo». Para el Tribunal Constitucional se trata, como venimos manifestando, de una nulidad objetiva distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo 1.º del artículo 55.5 LET y que actúa en toda situación de embarazo al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra un móvil de discriminación. Se declara por el TC que la Ley supera los contenidos mínimos de protección contenidos en la Directiva 92/85/CEE y que, por tanto, no resulta exigible la necesidad expresamente contenida en la Norma comunitaria de que el empresario tenga conocimiento del embarazo. En definitiva, concluye el Tribunal que nuestro legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 CE que incrementa las garantías previstas para los supuestos de discriminación por razón de sexo del citado artículo 55.5 LET, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. A partir de estos presupuestos legislativos, «no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a

¹² Interpretación seguida por las SSTSJ País Vasco de 5 marzo 2002 (rec. núm. 145/2002, 15 febrero y 21 junio 2005 (sent. núm. 349/2005 y rec. núm. 1218/2005, respectivamente) Cfr. TAPIA HERMIDA, A.: «La adopción de la decisión de despedir a una trabajadora a causa del embarazo o nacimiento de un hijo», *RTSS*, núm. 54/2008, esp. pp. 107 y ss.; GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B.: «Tratamiento de fecundación in vitro de la trabajadora desconocido por el empresario y despido: Comentario a la STJCE de 26 febrero de 2008, Asunto C-506/06, Mayr», *RL*, núm. 11/2008, esp. pp. 44 y ss.

¹³ Rec. núm. 6595/2006. Esta doctrina constitucional es ya seguida por el Tribunal Supremo (STS 17 octubre 2008 —rec 1957/2007—) que ha modificado su criterio (SSTS 19 julio 2006, 12 marzo y 29 febrero 2008, por todas). Igualmente, por los Tribunales ordinarios (STSJ Islas Canarias de 31 julio 2008 —rec. 1160/2008—).

¹⁴ Recientemente la STC de 23 junio 2008 (núm. 67/2008) todavía mantenía para la mujer trabajadora que había sido despedida por embarazo el doble elemento de la carga de prueba pues «la trabajadora debía aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesionaba su derecho fundamental».

las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador —y con las que la mujer trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal— pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental, de acuerdo con su contenido previamente definido».

Si ya está claro que la tutela antidiscriminatoria por maternidad se presta a la mujer trabajadora desde el inicio del embarazo sin que haga falta conocimiento alguno por parte del empresario, y que debe respetarse toda Norma nacional que supere los contenidos mínimos del Derecho comunitario, deberemos interpretar con esta nueva decisión del Tribunal Constitucional, y a mayor abundamiento, que igualmente la tutela en materia de prevención de riesgos laborales tampoco puede posponerse a un momento ulterior a la fecha del inicio del embarazo.

II.2. Riesgos específicos por embarazo y evaluación

A nivel europeo comienza a haber avances en el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación de riesgos, así como en la adopción de medidas preventivas y en los mecanismos de indemnización de forma que se tenga en cuenta las peculiaridades de las mujeres por lo que respecta a su seguridad y salud. Claro ejemplo de ello es la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 2002 que, si bien su propuesta no fue recogida en la Resolución del Consejo de 3 junio de 2002, en la de 25 de junio de 2007 sobre «Una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)» al menos hay una referencia a la necesidad de investigar más los nuevos riesgos en el lugar de trabajo y los que ya existen teniendo en cuenta debidamente los aspectos relacionados con el género. Podía haber sido una ocasión relevante la promulgación de la nueva Directiva 2006/54/CE que tan sólo refunde, simplifica y moderniza la regulación comunitaria sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación olvidando incluir en su texto contenidos que aborden la seguridad y salud conectada con la dimensión de género, aunque su artículo 29 ordena a los Estados nacionales prever su transversalidad en la elaboración y aplicación de normas, políticas y a actividades contempladas en la propia Directiva¹⁵. También en el ámbito de la OIT la necesidad de introducir la perspectiva de género en las políticas nacionales en materia de

¹⁵ Resulta también interesante destacar el punto 6 de las conclusiones del Consejo sobre la salud de las mujeres (2006/C 146/02) (DOUE C 146/4, de 22 junio 2006) y el punto 20 en donde se invita a los Estados miembros a fomentar la salud y prevenir la enfermedad teniendo en cuenta, cuando proceda, las diferencias entre los sexos. Igualmente, en el Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres (COM 2006, 92) se destaca que es preciso investigar más la dimensión de género en el ámbito de la salud.

seguridad y salud en el trabajo así como en los sistemas de gestión de los riesgos laborales en las empresas fue una de las conclusiones generales a las que llegó la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en su 91.^a reunión de 2003.

Nuestro Ordenamiento jurídico, al igual que el Derecho Comunitario y el Internacional, no contiene todavía ninguna disposición normativa específica destinada a garantizar la salud y seguridad de la mujer trabajadora en general como sujeto específico de protección, ni en particular durante la maternidad, y será el desarrollo de la negociación colectiva, en los términos antes referidos, la que intente lograr esa protección específica e integral de la misma y especialmente de la maternidad desde el momento de la concepción. A pesar de ello, existe una necesidad imperiosa de tal normativa que contemple la prevención en salud y seguridad de la mujer de una forma integral que recoja todos los aspectos peculiares de la misma en aras del principio de igualdad. Algunos avances normativos los encontramos en el artículo 11.2.g) Ley 16/2003, de 28 mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que se refiere a la promoción y protección de la salud laboral con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras o en artículo 5.4 LPRL que manda a las Administraciones públicas a promover la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores. En el mismo sentido, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), aprobado en diciembre de 2007 por el Gobierno en cumplimiento del artículo 17 LOI, establece medidas de actuación de los poderes públicos encaminadas a la consecución de políticas específicas para las mujeres en salud y seguridad¹⁶.

También la DF 3.^a2.º LOI exigió que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley se proceda al desarrollo reglamentario para la integración de los Anexos de la Directiva 92/85/CEE que listan los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden poner en peligro la salud de la mujer y/o del feto y del hijo, y que ha tenido lugar por RD 298/2009, de 6 de marzo. La citada Norma reglamentaria no contiene las pertinentes directrices sobre evaluación del riesgo, habiendo perdido una ocasión

¹⁶ Los objetivos para ese período son: a) Promover y difundir estudios sobre la influencia de género en la salud y la atención a la salud; b) Promover la transversalidad de género a las políticas de salud e impulsar políticas específicas de salud de las mujeres; c) Contribuir a mejorar aspectos específicos de la salud de las mujeres e incidir en enfermedades de alta prevalencia, o sensibles al impacto de género, y d) Impulsar la participación y empoderamiento de las mujeres en los procesos de salud.

relevante para tomar en consideración no sólo las diferencias físicas —que así lo ha hecho—, sino las psíquicas, el acoso sexual o laboral o, en fin, el incremento de riesgos por la organización del trabajo debido a la doble jornada laboral de las trabajadoras entre otras circunstancias peculiares¹⁷ y, por tanto, no se ha conseguido de momento una eficaz e integral tutela de prevención de riesgos laborales de las mujeres.

El RD 298/2009 integra en nuestro Ordenamiento jurídico, a partir de la modificación del artículo 4.1.b) RD 39/1997 que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y de la incorporación de dos nuevos Anexos, el Anexo VII en que se listan de forma no exhaustiva «Agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante la lactancia natural» y el Anexo VIII en el que, igualmente, aparecen listados de forma no exhaustiva «Agentes y condiciones de trabajo (respecto) a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural».

La diferencia entre una lista y otra es fundamental, por cuanto la contenida en el Anexo VII se refiere a agentes, procedimientos o condiciones que «pueden» poner en peligro o influir negativamente en la salud de la embarazada, lactante, feto o hijo; mientras que en listado contenido en el Anexo VIII se contienen agentes y condiciones respecto de los cuales no puede haber riesgo alguno de exposición o, dicho de otra manera, resulta prohibida su participación en el trabajo de la mujer embarazada o lactante natural.

Al igual que el artículo 25.2 LPRL protege específicamente para todos los trabajadores, hombres y mujeres, el embarazo futuro y la reproducción, con el objetivo de evitar o reducir los riesgos que incidan negativamente en la función reproductora de los sexos, no debería haber obstáculo para la protección de cualquier trabajadora en edad fértil de los riesgos derivados de un posible embarazo que puede actualizarse, pues la incidencia negativa de los mismos será de presente y no de futuro. Es decir, si a partir del artículo 25.2 LPRL se protege un posible embarazo futuro o la maternidad y paternidad potenciales, a partir del artículo 26 LPRL —y con más razón— se debe proteger un posible embarazo presente o actual, o maternidad potencial.

¹⁷ Sobre la especificidad de los riesgos laborales de la mujer trabajadora y la imperiosa necesidad de su tratamiento integral en aras al principio de igualdad, la doctrina se ha pronunciado de forma abundante. Cfr.: AREAL CALAMA, I.: «Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, integración y noción de trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 188 ss. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL*, núm. 8/2006, «La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género», *RL*, núm. 19/2001, y «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *RL*, núm. 8/2007. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional», *RMTAS*, núm. 53/2004, pp. 149 y ss., entre otros.

Si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo de las trabajadoras que pueden estar embarazadas, el empresario ha de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo. En caso de que no se pueda evitar el riesgo, ya conocemos que el primer nivel de medidas que el empresario ha de adoptar lo constituye la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que podrá seguir desarrollando sustancialmente las mismas funciones, y de forma indeterminada el artículo 26.1 LPRL establece que cuando resulte necesario las medidas empresariales de adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada pueden incluir la no realización de trabajo nocturno o a turnos.

II.3. Suspensión por riesgo durante el embarazo

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, de Conciliación de la vida laboral y familiar, la situación de riesgo por embarazo estaba prevista en el artículo 26.1 y 2 LPRL que obligaba al empresario, tras la evaluación de riesgos, a adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo a través de una adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora, referido éste al trabajo nocturno o a turnos. Si resultaba imposible esa adaptación o resultaba ineficaz y se certificaba médicamente la influencia negativa de las condiciones del puesto de trabajo en ella se previó que la trabajadora debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. No había previsión normativa para el supuesto de imposibilidad de cambio de puesto de trabajo o función que se venía resolviendo, bien mediante el reconocimiento a la trabajadora en situación de IT con derecho a la prestación económica correspondiente derivada de contingencias comunes, bien a través de la solicitud de excedencia o, finalmente, se aducía la imposibilidad sobrevenida de trabajar por impedimentos imputables al empresario a tenor del artículo 30 LET.

A partir de la vigencia de la Ley 39/1999 se incorpora al artículo 26 LPRL un nuevo párrafo (3.º), en el sentido de que la trabajadora pasaría a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo si el cambio de puesto de trabajo no resultara técnica u objetivamente posible o no pudiera exigirse por motivos justificados, lo que exigió certificado médico del facultativo del Servicio público de salud o de las Mutuas o INSS. Esta suspensión del contrato, que se previó en el artículo 45.1.d) LET acarreó inmediatamente el reconocimiento de la correspondiente prestación económica por parte de la Seguridad Social que quedaba asimilaba a la prestación por IT por contingencias comunes, de nivel contributivo, exigiéndose una carencia de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante¹⁸ y

cuyo importe venía establecido en el 75% de la base reguladora que era la base de cotización del mes anterior correspondiente a contingencias comunes.

Con la LOI (DA 18.^ª8) la prestación económica de riesgo durante el embarazo tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencia profesional (art. 134 *in fine* LGSS) —al igual que también lo tiene el riesgo por lactancia, al que más adelante nos referiremos—, siendo de aplicación las reglas de la IT por contingencias profesionales (DA 18.^ª9 LOI). Desde esta perspectiva, el nuevo régimen jurídico es el siguiente: a) Tiene derecho a esta prestación la mujer trabajadora —también si está contratada en formación— que se encuentre en suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo al amparo de los artículos 45.1.d) LET y 26.3 LPRL; b) El riesgo debe provenir del puesto de trabajo y no de circunstancias especiales y propias del embarazo que no darían lugar a esta contingencia profesional sino común¹⁹. c) La duración de la suspensión del contrato por esta causa finalizará «el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica» (párrafo simplemente aclaratorio) con expresión de que «las trabajadoras se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato»; d) La prestación económica es de naturaleza de contingencia profesional, sin necesidad de carencia previa y aplicación del alta presunta, y se eleva su cuantía del 75% —ordinario por cualquier contingencia profesional— al 100% específico por causa del riesgo durante el embarazo aplicable a la base de cotización que serviría para calcular la prestación de IT derivada de contingencias profesionales y, e) En función de con quien se haya contratado la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales (nuevo artículo 135.4 LGSS) la gestión de la prestación corresponderá a la entidad gestora del INSS o a las Mutuas, superándose así la regulación anterior en que las Mutuas no tenían facultades al respecto.

III. MATERNIDAD DE LA TRABAJADORA

III.1. Ampliación de supuestos

a) *Introducción*

La prestación de maternidad, que tiene su fundamento en la protección de la integridad física de la madre, en la protección del recién nacido y en la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante

¹⁸ Antiguos artículos 130.a) y 135.1 LGSS

¹⁹ Como supuestos ejemplificativos de riesgos derivados del puesto de trabajo: SSTSJ de Aragón de 18 noviembre 2002 (núm. 1207/2002), de Navarra de 30 abril 2002 (núm. 141/2002), y de Madrid de 8 julio 2002 (núm. 434/2002).

el período que sigue al embarazo y al parto²⁰ y venir amparada por el sistema de Seguridad Social, se encuentra íntimamente unida a la leyes que regulan el trabajo, concretamente el artículo 48.4 LET, el artículo 49 Ley del Estatuto del Empleado Público (LEEP) y el artículo 26.1.b) Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA) que remiten a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, de la relación de empleo público o a la propia regulación de Seguridad Social en el supuesto del trabajo autónomo. Los tiempos de duración en todos los casos son similares pues en el supuesto de parto, adopción o acogimiento se produce una suspensión del trabajo por un período de dieciséis semanas, más otras dos semanas por cada hijo a partir del segundo o si el hijo fuera discapacitado, pudiéndose disfrutar tal período a tiempo parcial²¹. A todo ello nos referimos a continuación.

b) *Supuestos protegidos*

A tenor del 133.bis LGSS y a efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los artículos 48.4 LET y 49 LEEP. Es, por tanto, una de las medidas de mejora que establece la LOI en su DA 18.^a la de ampliación de la protección

²⁰ STJCE de 18 marzo 2004, asunto Merino Gómez, caso C-342/01.

²¹ El disfrute del descanso a tiempo parcial hace compatible el subsidio con la actividad laboral sin alteración de la modalidad del contrato que verá aplicables las reglas del contrato a tiempo parcial a tenor del artículo 5 RD 295/2009, sin que los trabajadores afectados puedan realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (DA 1.^a RD 295/2009). Esta forma de disfrute del descanso por maternidad requiere acuerdo previo entre trabajador y empresario, que podrá celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior, y que podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo, y que sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo a iniciativa del trabajador y por causas relacionadas con la salud del menor o su propia salud y está abierta esta posibilidad tanto para la madre como para el padre, en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso, con exclusión de esta opción en las seis semanas de descanso inmediatamente posteriores al parto que serán de descanso obligatorio. En cuanto a la duración del descanso a tiempo parcial la citada DA 1.^a RD 295/2009 establece que el período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. El permiso de maternidad a tiempo parcial es incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de la reducción de jornada o la ausencia para el cuidado de hijos prematuros u hospitalizados, con las ausencias o reducciones por lactancia, con la reducción de jornada por guarda legal, y con la excedencia por cuidado de familiares. Esta posibilidad de disfrutar el permiso de maternidad a tiempo parcial resulta de aplicación también para los trabajadores autónomos (DA 11.^abis LGSS modificada por la LO 3/2007).

de la maternidad a todos los supuestos de acogimiento, superándose los supuestos de acogimientos permanentes²² y preadoptivos, con extensión a la modalidad de acogimiento simple aunque con la limitación temporal de un año, reformándose el citado artículo 133 bis LGSS en relación con el artículo 2.º RD 295/2009.

De esta manera se asimilan a la maternidad biológica aquellas otras que de igual forma determinan la inclusión de un nuevo miembro en la familia ya sea con carácter definitivo (acogimientos permanentes y preadoptivos) o con cierta estabilidad (acogimiento simple con la limitación temporal de un año), debiendo tener el adoptado o acogido menos de 6 años o de 18 años para supuestos de discapacitados o con especiales dificultades de inserción social y familiar.

Con esta mejora se pone de relieve una vez más el objetivo y finalidad de la protección que ya no descansa tanto en un hecho biológico y en su reparación física sino en el bien jurídico a proteger que es el nuevo hijo al que hay que facilitar los vínculos de afectividad con sus padres, ya sean éstos biológicos, adoptivos o de acogida permanente o provisional, haciéndose efectivo el principio de protección igual e integral de todos los hijos, con independencia de su filiación matrimonial, no matrimonial o por adopción, a tenor del artículo 39.2 CE y artículo 108 CC.

c) *Beneficiarios*

Los trabajadores por cuenta ajena del Régimen de Seguridad Social y por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales tienen derecho a esta prestación con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para el Régimen General (DA 11.bis LGSS) a tenor del artículo 1 RD 295/2009²³.

La primera beneficiaria de la prestación de maternidad correspondiente al período de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto es la madre

²² En desarrollo de las previsiones del artículo 133.bis LGSS en relación la DA 5.ª Ley 39/1999 el artículo 2 RD 295/2009 equipara jurídicamente a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación. En estos casos de adopción internacional, con desplazamientos de cierta duración, se permite que los padres adoptantes comiencen el período de descanso hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y la concurrencia de los requisitos necesarios para tener derecho al subsidio se retrotrae al momento en que se suspende el contrato de trabajo (art. 48.4 LET y artículo 5 RD 295/2009).

²³ El artículo 1.3 RD 295/2009 aclara esta Norma será de aplicación a todos los Regímenes de Seguridad Social tiene carácter supletorio en los Regímenes de funcionarios públicos en lo que no se oponga a su normativa específica.

que, con carácter obligatorio, no puede ceder al padre. Es respecto al período restante de descanso por maternidad donde ha habido avances importantes de flexibilización en su disfrute desde la Ley 39/1999. El tiempo que el padre podía disfrutar de este período era exclusivamente el de las últimas cuatro semanas y a partir de la citada Ley 39/1999 la libertad de la madre de disposición del mismo a favor del padre sólo se condicionaba al respeto al período de las seis semanas de descanso obligatorio. Con la LOI se respeta esa libertad de la madre sin que sea obstáculo impeditivo para el padre la continuación del disfrute el hecho de que la madre se encuentre en IT en el momento de la reincorporación al trabajo, porque importa cumplir con el objetivo del cuidado del hijo, ahora por el padre, que difícilmente podía llevarse a cabo con la madre en situación de IT y el padre sin derecho al descanso. El derecho al descanso por maternidad —que otorga el derecho a la prestación de Seguridad Social— adquiere cierta autonomía pues ya no deriva totalmente del de la madre, adquiriendo la naturaleza de ser una verdadera institución de conciliación²⁴. Igual sucede en el nuevo supuesto introducido por la LOI en el artículo 48.4 LET en donde el padre de forma autónoma puede ser beneficiario directo del derecho a la suspensión del contrato por maternidad y por el período máximo de dieciséis semanas (o dieciocho) y a la correspondiente prestación de Seguridad Social cuando la madre no tuviese ese derecho a la suspensión de su actividad profesional con derecho a prestaciones.

Esa autonomía del descanso por maternidad la observamos también ante el fallecimiento de la madre durante el parto o con posterioridad al mismo. Si bien el RD 1251/2001 reconoció el derecho del padre al disfrute del período de suspensión del contrato aunque la madre no tuviese derecho a las prestaciones de Seguridad Social y que abarcaba todo el período máximo de disfrute o el que, en su caso, le restase por disfrutar a la madre fallecida, la LOI otorga ese derecho al padre por todo el tiempo máximo de duración del período de suspensión con independencia de que la madre ya hubiese disfrutado de parte del mismo, hoy recogido en el RD 295/2009, de 6 marzo (de modificación del RD 1251/2001)

III.2. Duración del descanso por maternidad

a) *Duración ordinaria*

La duración del período de maternidad que origina la suspensión del contrato de trabajo (art. 48.4 LET) queda establecida en dieciséis semanas para

²⁴ MARTÍNEZ YAÑEZ, N. M.: «Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordanza con la igualdad de género», *RL*, núm. 8/2007, p. 26.

el supuesto de parto, a las que, en caso de parto múltiple, se añaden otras dos por cada hijo a partir del segundo, previéndose una duración adicional de dos semanas en el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido (art. 48.4 LET). Es ésta última una de las novedades introducidas por la LOI de tratamiento más favorable para la madre de un discapacitado que sigue la misma tónica que para las prestaciones familiares²⁵.

b) *Interrupciones*

El período de descanso por maternidad podrá ser distribuido a opción de la mujer trabajadora, siempre que se disfrute de forma ininterrumpida y al menos seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto que son de descanso obligatorio, es decir, de cesación absoluta de todo trabajo, por cuenta propia o ajena, durante esas seis semanas inmediatamente posteriores al parto (art. 48.4 LET). La protección de Seguridad Social queda, por tanto, condicionada a esos períodos de descanso que la legislación laboral establece a través el otorgamiento de la prestación de maternidad (art. 133.bis LGSS). El carácter ininterrumpido del período de descanso presenta las excepciones de parto prematuro y hospitalización del recién nacido (art. 48.3 LET) —y siempre que no se extinga el contrato de trabajo— en los que el período de suspensión podrá computarse a partir de la fecha del alta hospitalaria excluidas de ese cómputo las seis semanas de descanso obligatorio²⁶. Con la LOI, que añade un párrafo 5.º al artículo 48.4 LET, se mantiene el derecho a la interrupción del período de descanso en las dos situaciones citadas de parto prematuro y hospitalización del neonato —que ahora deberá ser superior a siete días— ampliándose el mismo tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado con el límite de trece semanas, que se añadirán a las 16 de duración normal de la suspensión, en su caso. A estos efectos serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalizados iniciados dentro de los 30 días naturales siguientes al parto (DA 3.ª RD 504/2007, de 20 abril). La LOI garantiza, en definitiva, la atención al recién nacido tras su eventual hospitalización por el total período de descanso por maternidad —sin excluir el obligatorio— independizando uno y otro supuesto.

²⁵ RD 1335/2005, de 11 noviembre, sobre Prestaciones familiares. Sobre la reforma de las Prestaciones familiares, cfr. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: «Una nueva perspectiva en la protección social de la familia (A propósito de la Ley 35/2007)», *TL*, núm. 94/2008, pp. 151 y ss.

²⁶ El artículo 4 RD 295/2009 establece el modo en que habrá de disfrutarse el período restante cuando se haya interrumpido por nacimiento prematuro u hospitalización del neonato. Así, si el descanso se había iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad puede comprender el período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple. Si el descanso se ha iniciado antes del parto la interrupción afecta al período que, en su caso, reste por disfrutar tras el período de seis semanas de descanso obligatorio.

a,) Procesos de IT

Los procesos de IT en que se puede encontrar la mujer derivados del embarazo, del parto o de la lactancia natural pueden ser anteriores o coincidentes con el periodo de suspensión por tales causas, o subsiguientes sin solución de continuidad tras la terminación de dichos períodos. Se otorga a la interconurrencia de la IT con el proceso de maternidad un tratamiento independiente que no va a solapar los derechos de descanso de la mujer trabajadora²⁷.

a,,) IT durante el embarazo

El artículo 10 RD 295/2009 se refiere a la IT aparecida en la mujer embarazada antes del parto sin que ésta hubiese optado por el descanso, manteniéndose la IT hasta el momento del parto en sus propios términos. Si la IT persiste a la fecha del parto, la mujer debe comenzar el disfrute de las seis semanas obligatorias de descanso por maternidad, reanudándose a continuación la IT en la fecha interrumpida. La consideración de IT que proviene antes de la fecha del parto desaparece cuando comienza el período de las seis semanas de descanso obligatorio, que aunque siga con un proceso de IT éste se interrumpe para dar lugar al citado descanso obligatorio. A continuación de las seis semanas se reanudará eventualmente por todo el tiempo que dure la IT. Finalizado el proceso de IT reanudará el período de descanso voluntario hasta completar el tiempo de duración máximo.

b,,) IT durante el período de descanso

También el artículo 10 RD 295/2009 regula el supuesto de IT durante el descanso por maternidad, ya sea en el período obligatorio o en el voluntario, que no provenga de otro anterior al parto, como en el supuesto anterior. Se trata de un proceso de IT que acontece de forma autónoma por causas que aparecen durante el período de descanso. En este caso no procederá el reconocimiento del derecho al subsidio por IT, salvo que el período de maternidad y subsidio correspondiente se estuviesen disfrutando en régimen de jornada a tiempo parcial, en cuyo caso el subsidio de IT se percibirá simultáneamente sobre la base de la jornada parcial que se realiza. En este caso excepcional si, agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continúan en situación de IT, se mantendrá la percepción de este subsidio en

²⁷ Resulta relevante destacar en este sentido la reciente STJE de 20 enero 2009, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06.

la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, aunque, 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.

c,,) IT posterior al período de descanso

Una vez que se ha agotado el período de descanso por maternidad, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de IT debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los períodos de descanso por maternidad (art. 10 RD 295/2009).

b,) Vacaciones

A tenor del artículo 38.3 LET, cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de la empresa coincida con el período de suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento del artículo 48.4 LET o por IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural, se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones al finalizar el período de suspensión por tales motivos en fecha distinta a la de la IT o a la del disfrute del permiso por maternidad, incluso aunque haya terminado el año natural correspondiente.

Es un nuevo precepto introducido por la LOI que, para el supuesto de coincidencia de las vacaciones con los períodos de suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, y con interpretación del artículo 7.4 Directiva 93/104/CE (derogada por la actual Directiva 2003/88/CE), del artículo 11.2.a) Directiva 92/85/CEE y del artículo 5.1 Directiva 76/201/CEE en el sentido de la STJCE de 18 marzo 2004²⁸, establece que la maternidad no puede en ningún caso perjudicar el derecho a disfrutar de las vacaciones al finalizar el período de suspensión por tales motivos, aun cuando los períodos ya hubiesen sido programados por la empresa, teniendo derecho entonces a disfrutar de las vacaciones al finalizar los mismos, aunque haya terminado el año natural correspondiente e incluso acumulándolas a las del año siguiente.

²⁸ Doctrina ya asumida por el Tribunal Constitucional (STC de 20 noviembre 2006 —núm. 324/2006—) y por el Tribunal Supremo (STS de 20 noviembre 2005 —u. de d. núm. 4291/2004—). Cfr.: STSJ de La Rioja de 7 marzo 2007 (núm. 62/2007) como primera decisión judicial de un Tribunal Superior que aplica la STC 324/2006, de 20 noviembre, citada.

El artículo 38.3 LET olvida los supuestos de coincidencia del período de vacaciones con los períodos de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y paternidad. Sin embargo, una interpretación finalista del propio artículo 38.3 LET acarrea inmediatamente subsumir dichos períodos de suspensión en ese precepto. La postura contraria obligaría a asimilar los períodos de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, la lactancia y la paternidad a efectos de coincidencia con el período de vacaciones como situaciones de IT, que si son anteriores al período de vacaciones ya fijado se tendrá derecho a otros período de vacaciones, si así lo permitiesen las funciones a desempeñar por el trabajador y siempre dentro del año natural. No obstante, como ahora veremos, el tratamiento de la coincidencia de las vacaciones con procesos de IT es distinto según la IT provenga de un supuesto relacionado con la maternidad o de otras causas ajenas.

En efecto, para el supuesto de coincidencia del período de vacaciones con un proceso de IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural el tratamiento legal que ofrece el nuevo artículo 38.3 LET es el mismo que respecto a la coincidencia con las situaciones de suspensión del contrato por maternidad, ya referidos, es decir, el trabajador tiene derecho al disfrute posterior de las vacaciones al finalizar los procesos de IT por esas causas, aunque haya terminado el año natural correspondiente. Si la IT deriva de otras causas distintas al embarazo, parto o lactancia, el tratamiento es diferente. El Tribunal Supremo ha establecido recientemente²⁹ que, a falta de una regulación mejorada por vía convencional o de la existencia de una condición más beneficiosa o práctica de empresa, no se puede extender la interpretación del TSJCE a los supuestos no contemplados en el artículo 38.3 LET y, en consecuencia, el trabajador que por causas no achacables al empleador, como es el acaecimiento de una situación de incapacidad laboral, no pueda disfrutar de sus vacaciones en el período establecido, pierde el derecho a su disfrute, sin que proceda el señalamiento de un período vacacional distinto. Existe una corriente judicial que ofrece un tratamiento distinto respecto al reconocimiento de un nuevo período de vacaciones si la situación de IT se inicia con anterioridad a aquél, solapándose ambas situaciones. En esos supuestos ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal con el correspondiente al disfrute de la vacación anual, sin embargo si la IT se inicia en el período de vacaciones, el trabajador pierde su derecho a un período vacacional distinto³⁰.

²⁹ STS de 3 octubre 2007 (u. de d. núm. 5068/2005).

³⁰ SSTSJ de Madrid de 27 septiembre 2006 (sent. núm. 572/2006) y 11 julio 2006 (rec. núm. 87/2005), con base en la STS de 21 marzo 2006 (u. de d. núm. 681/2005) y en la STJCE de 18 marzo 2004 (caso C-342/01).

c) *Fallecimiento del hijo o del padre*

En caso de fallecimiento del hijo (art. 8 RD 295/2009) la madre beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado, sin que la muerte del hijo pueda ser una excepción al reingreso en el trabajo antes del transcurso de este descanso obligatorio (art. 8 RD 295/2009), siendo todo ello de aplicación aunque el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante 180 días. Por su parte, el artículo 48.4.1.º LET aclara que en este supuesto puede disfrutarse del descanso íntegramente con derecho a prestación, pues en el supuesto de fallecimiento del hijo el período de suspensión no se va a ver reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. De otro lado, el fallecimiento del hijo deja sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del padre.

En caso de fallecimiento del padre mientras disfruta del subsidio, la madre podrá ser beneficiaria del mismo —si reúne los requisitos de cotización— por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad.

III.3. Subsidios por maternidad

La protección económica por maternidad presenta dos modalidades, el subsidio ordinario de carácter contributivo y con un complemento en caso de parto múltiple, y el subsidio especial de naturaleza no contributiva. La determinación de los beneficiarios varía de un caso a otro: mientras que al primero de ellos pueden acceder tanto la madre como el padre u otro progenitor, siempre que acrediten determinados requisitos, al segundo sólo puede acceder la madre y no requiere período de cotización previa.

a) *El Subsidio ordinario*

Ya hemos visto quiénes son los beneficiarios de la prestación económica por maternidad, los trabajadores, cualquiera que sea su sexo o modalidad de contrato, que se encuentren en alguna de las situaciones de maternidad a que se refiere el artículo 48.4 LET, los funcionarios públicos a tenor del artículo 49 LEEP y los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes de la Seguridad Social durante los períodos de cese de

actividad que sean coincidentes en lo relativo a duración y a distribución con los períodos de descanso laboral de los trabajadores por cuenta ajena. A todos ellos se les exige además estar afiliados y en alta o en situación asimilada a ella en algún Régimen del Sistema de la Seguridad Social³¹.

La prestación por maternidad es de naturaleza contributiva por lo que el beneficiario necesita acreditar, además del requisito del cumplimiento del alta (art. 124 LGSS) la cotización previa de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o la fecha de la resolución administrativa o judicial de acogimiento o a la judicial por la que se constituye la adopción. Desde esta perspectiva la LOI introduce reformas importantes en aras de flexibilizar el cumplimiento de dicho requisito de carencia.

a,) Período de carencia

La disp. adic. 18.^a6 LOI establece el cumplimiento de este período de carencia por tramos de edad: 1) Un primer tramo dirigido a los trabajadores más jóvenes, a aquellos que en el momento del parto, o de la fecha de la resolución administrativa o judicial de acogimiento o de la judicial por la que se constituye la adopción sean menores de 21 años, flexibilizándose ese requisito de carencia hasta el punto de no ser necesario. En este orden de cosas para los menores de 21 años sería suficiente con reunir el requisito de estar de alta o asimilada al alta, incluso bastaría con haberlo estado un día antes del hecho causante; 2) El segundo tramo de edad se prevé para los

³¹ Las situaciones asimiladas al alta a efectos de la prestación por maternidad son las siguientes (art. 4 RD 295/2009): 1) La situación legal de desempleo total por la que se perciba prestación de nivel contributivo. 2) El mes siguiente al cese en el cargo público o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo (arts. 46.1 y 48.3 LET). 3) El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional (art. 36 RD 84/1996). 4) Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios (art. 36 RD 84/1996).

5) La situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato. 6) Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género. 7) En el Régimen Especial Agrario la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo en los términos del artículo 71 del D. 3772/1972. 8) Convenio especial con la Seguridad social para diputados y senadores y miembros de parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas a partir de los artículos 11 y 12 O. 2865/2003 y 9) Los períodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

comprendidos entre los 21 y 26 años en el momento del parto, o de la fecha de la resolución administrativa o judicial de acogimiento o de la judicial por la que se constituye la adopción. En estos supuestos se exige período de carencia pero en términos reducidos a la par que se ofrece una alternativa para su eventual cumplimiento. Ahora el período mínimo en esos casos en lugar de ser los 180 días dentro de los 5 años inmediatos anteriores al hecho causante se establece como período mínimo de carencia 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al inicio del descanso. Y la segunda posibilidad alternativa es la de ofrecer otro período distinto que consiste en haber cumplido 180 días de cotización a lo largo de su vida laboral, sin que por tanto esté limitado a los 5 años; 3) El tercer y último tramo que ofrece la LOI se refiere a los trabajadores mayores de 26 años para los que se establece una mayor exigencia contributiva aunque más flexible que el existente hasta la reforma, resultando ser ahora de 180 días, pero dentro no de los 5, sino de los 7 años inmediatamente anteriores o alternativamente haber cotizado 360 días a lo largo de toda su vida laboral³².

b.) Cuantía de la prestación

El subsidio económico en que consiste la prestación por maternidad, regulado en el artículo 133.4 LGSS trata de sustituir la pérdida del salario como consecuencia de la suspensión del contrato laboral, y su importe es equivalente al 100% de la base reguladora que es la misma que la establecida para la prestación de IT por contingencias comunes, y se abonará durante todos los días en que el trabajador permanezca en dicha situación, con la duración legalmente prevista para la misma con carácter general (art. 6 RD 1131/2002 y RD 295/2009)³³. La cuantía de la prestación econó-

³² Respecto a los trabajadores a tiempo parcial y acreditación de los períodos de cotización o supuestos de realización simultánea de más de una actividad a tiempo parcial, ya sea pluriempleo o pluriactividad: artículos 3.1, 3.5, 3.6 y 6.2 RD 1131/2002 y artículo 7 RD 295/2009. Vid. la STS de 29 enero 2007 (u. de d. núm. 4667/2005).

³³ Los beneficiarios del subsidio por maternidad serán a su vez beneficiarios de un subsidio especial por parto múltiple, según establece el artículo 3.3 RD 1251/2001. El subsidio se cobrará a partir del segundo hijo, durante un período de seis semanas inmediatamente posteriores al parto o, en su caso, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Su cuantía será igual a la que corresponda cobrar por el primero y será compatible con la prestación económica por parto múltiple de pago único regulada en el artículo 187 LGSS (en la redacción dada por la Ley 52/2003). Será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto y, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (RD 295/2009). Este subsidio especial únicamente podrá ser percibido por uno de los progenitores que en caso de parto será determinado a opción de la madre, y en caso de adopción o acogimiento, será decidido por libre decisión de los interesados (RD 295/2009).

mica, para el supuesto de que el descanso sea disfrutado simultánea o sucesivamente por la madre o el padre, se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora (art. 7 RD 295/2009)³⁴.

b) *El Subsidio especial*

La flexibilización en los períodos de cotización previos a la situación de maternidad que ya hemos referido, por la que se procede a incluir las situaciones que quedaban excluidas con la anterior legislación, es un hecho relevante que afecta de forma principal al derecho a la prestación económica y no al derecho de la trabajadora a suspender su relación de trabajo con mantenimiento de la cotización, que ya estaba previsto con anterioridad a la LOI.

Ante la posibilidad de carencia de la cotización necesaria, la LOI crea (a partir del nuevo artículo 133 sexies LGSS) un subsidio especial para las trabajadoras por cuenta ajena que reuniendo todos los requisitos para ser beneficiarias de la prestación por maternidad les falta el requisito de la cotización necesaria conforme acabamos de decir (menores de 21 años: no hace falta; entre los 21 y 26 años: 90 días dentro de los 7 años; y, mayores de 26 años: 180 días de los 7 años o alternativamente haber cotizado 360 días a lo largo de toda su vida laboral). Es un subsidio para las trabajadoras por cuenta ajena en alta o situación asimilada que carecen del período de cotización referido y cuyo importe económico es igual al cien por cien de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de IT por contingencias comunes (art. 133.4 LGSS) salvo que resulte inferior al IPREM, en cuyo caso se aplicará éste, y cuya duración es de 42 días natu-

³⁴ El artículo 180.3 LGSS (tras la LOI) dispone que las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años en los supuestos de excedencia por guarda legal de menor de seis años se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

Para los supuestos de reanudación de la prestación una vez interrumpida por parto prematuro y/o hospitalización del neonato, el subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción, sin que se pueda producir, por tanto, una alteración en la cuantía de la prestación aun en el caso de que cambien las circunstancias en las que se encontraba el trabajador en el momento inicial, a tenor del artículo 7.7. RD 295/2009.

En el supuesto de que el descanso se disfrute a tiempo parcial la base reguladora se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral (art. 7.2 RD 295/2009).

Respecto a los trabajadores a tiempo parcial en orden a determinar la cuantía de la prestación económica por maternidad la base reguladora se obtendrá dividiendo entre 365 la suma de las bases de cotización del año anterior a la fecha del hecho causante. Si la antigüedad en la empresa fuera menor, la suma de las bases acreditadas en la empresa —dentro de ese período anual previo— se dividirá entre el número de días naturales a que dichas cotizaciones correspondan.

rales, tiempo que es el de la duración del descanso obligatorio de las seis semanas. Es, por tanto, una prestación no contributiva que no tiene en cuenta la carencia de recursos, porque su fundamento exclusivo está en la protección de la maternidad y no en la compensación de ingresos que cualquier prestación no contributiva cumple.

III.4. Períodos de cotización asimilados

En orden a la flexibilización del requisito de la carencia para futuras prestaciones de Seguridad Social se establece a partir de la LOI un nuevo tratamiento jurídico que haya de recibir el período de suspensión del contrato de la trabajadora por maternidad. Así, se introduce un nuevo apartado 6 al artículo 124 LGSS según el cual el período de maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad o paternidad. Por otro lado, también se introduce la DA 44.^a titulada «períodos de cotización asimilados por parto» que, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

Con estas dos nuevas previsiones legislativas se considera el tiempo de maternidad como tiempo cotizado aún cuando no haya existido o persistido obligación de cotizar. Por tanto, el régimen jurídico es el siguiente: 1) Si la trabajadora se encuentra en período de suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad al amparo del artículo 48.4 LET permanece la obligación de cotizar, sin que haya incidencia alguna sobre futuras prestaciones de Seguridad Social. 2) Si se produce la extinción del contrato de trabajo durante el período de maternidad, —fecha en que la obligación de cotización finalizaba— la situación de maternidad se mantiene en los mismos términos y se rellena el vacío de cotización por todo el tiempo que dure ésta respecto a las pensiones futuras de Seguridad Social y a los propios subsidios de maternidad y paternidad. 3) Si la mujer se encuentra en período de desempleo y en situación de maternidad aunque existe obligación de cotización por parte de la Entidad Gestora (introducida por la LOI), una vez causado el derecho a la prestación de maternidad la protección que otorga el desempleo se entiende suspendida (tanto en lo que respecta al cobro del subsidio como

a la obligación de cotizar —incorporado por la LOI—). Ahora también, como en el supuesto anterior, se entiende aquél como tiempo cotizado respecto a las pensiones futuras de Seguridad Social y a los propios subsidios de maternidad y paternidad³⁵. 4) Se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión contributiva de jubilación e incapacidad permanente, como hemos dicho, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. Se parte de la concreta situación de la mujer en el momento del parto que no ha podido acceder a la protección de la maternidad y, posteriormente, solicita su pensión de jubilación o de incapacidad permanente. En estos casos se le va a computar el tiempo de suspensión del contrato por razón de maternidad como si realmente así hubiese existido, ya que los 112 días completos de cotización se corresponden con las 16 semanas. Se trata de favorecer a mujeres no trabajadoras en el momento del parto para que ficticiamente acumulen períodos cotizados por cada hijo o hijos que en el futuro vayan teniendo, siendo en definitiva una protección de la maternidad sin requisitos profesionales, que favorece a su vez la incorporación tardía de la mujer al mercado de trabajo por causa de la maternidad sin detrimento de su carrera de Seguridad Social³⁶.

III.5. Prestación de paternidad

Con la finalidad de que la mujer pueda compaginar su vida familiar con la laboral y procurar una mayor igualdad entre hombres y mujeres la LOI amplía el derecho derivado del de la madre que se le reconoce al padre,

³⁵ A tenor del artículo 222 LGSS cuando la trabajadora vea extinguido su contrato de trabajo estando en situación de descanso por maternidad seguirá percibiendo la misma prestación hasta que concluya dicha situación pasando entonces, si cumple los requisitos, a la situación de protección por desempleo, sin importar el tipo de descanso voluntario por el que haya optado la mujer, sea total o parcial, sea anterior o posterior al parto, pues lo relevante a estos efectos de tránsito de prestaciones es que la situación de maternidad concluya, y sin que ese tiempo de percibo de la prestación por maternidad se pueda descontar del período de percepción del desempleo. Para el supuesto contrario, es decir, cuando la mujer beneficiaria de la prestación de desempleo pasa a serlo de maternidad percibirá esta última prestación (más beneficiosa pues será calculada sobre el 100% de la base reguladora respecto al 70% o 60% que corresponden al desempleo); este tránsito no supone, como en el caso anterior, un alargamiento de la prestación por desempleo pues el artículo 212.3.b) LGSS prevé la reanudación de esta prestación (tras la de maternidad) por la duración que reste por percibir y por la cuantía correspondiente al momento de la suspensión.

³⁶ BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERA LIMA, M.G.: «El impacto de la Ley para la igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social», *Temas Laborales*, núm. 91/2007, p. 245.

incorporando a nuestro Ordenamiento jurídico la nueva contingencia de la paternidad (nuevo Capítulo IV ter del Título II LGSS). Es una nueva situación que se protege que, debido al nacimiento, adopción o acogimiento, va a tener derecho el padre durante el tiempo de duración que establece el artículo 48 bis LET.

A la prestación de paternidad tiene derecho el padre o el otro progenitor³⁷ o cualquiera de los adoptantes o acogedores en los mismos supuestos que dan origen a la prestación por maternidad (arts. 133 octies, nonies y decies LGSS, tras la LOI). Debe tratarse, por tanto, de un trabajador que ejercite su derecho a la suspensión por paternidad en los términos del artículo 48.bis LET o 49 LEEP y que, reuniendo los requisitos de afiliación y alta, tenga un período de carencia de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión o, alternativamente, de 360 días a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha. La duración del permiso por paternidad y la duración, por tanto, del subsidio por esta causa, se establece en 13 días (ampliable a dos días más a partir del segundo hijo)³⁸ que podrán ser disfrutados de forma coincidente con el período de suspensión de la madre o con posterioridad al mismo. El objetivo del precepto que es lograr la corresponsabilidad del padre en el cuidado del hijo hace que el artículo 48 bis LET conceda en el caso de parto el derecho de suspensión del contrato por paternidad exclusivamente al otro progenitor, con independencia del derecho de suspensión de la madre, de tal forma que derecho de paternidad y maternidad natural son acumulativos y de disfrute simultáneo o sucesivo, mientras que en los casos de adopción o acogimiento el derecho de suspensión corresponderá a uno de los progenitores a elección de los interesados. Pero, aclara el precepto, que si la totalidad del período de suspensión del contrato (16 semanas) ha sido disfrutado por uno solo de los progenitores, corresponderá al otro el derecho a suspensión por paternidad.

Esta suspensión es independiente también de los dos días de permiso por nacimiento de hijo del artículo 37.3.b) LET, ya que el momento en que puede iniciarse esta suspensión es «desde la finalización del permiso por

³⁷ La Norma incluye como otro progenitor a quien tenga reconocida tal condición con independencia de que exista o no vínculo matrimonial entre los padres del recién nacido, ya que si existiera vínculo matrimonial pero no fuese el padre no existiría ese derecho al disfrute de la prestación de paternidad. Se reconoce como progenitor a la mujer consorte en caso de inseminación artificial dentro de un matrimonio de mujeres a tenor del artículo 7.3 Ley 14/2006, de 26 mayo, añadido por la LOI, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, según el cual «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

³⁸ La Ley General de Presupuestos para 2009 amplía a 20 días en los supuestos de familias numerosas o en familias con un miembro discapacitado.

nacimiento de hijo previsto legal o convencionalmente», según los términos del artículo 48.bis LET. Por tanto, nada impide que el trabajador pueda disfrutar de los dos días de permiso como consecuencia del nacimiento del hijo, a continuación suspenda su contrato las diez semanas de descanso por maternidad si la madre se las cede o la totalidad del período que hubiera correspondido a la madre si ésta fallece o no tuviese derecho a suspender su actividad profesional de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, y finalizada la suspensión por tal motivo pase a una suspensión del contrato de trece días en virtud del artículo 48.bis LET, citado.

La prestación económica de paternidad es igual a la de maternidad con duración limitada a 13 días y cuyo comienzo puede computarse, bien a partir de la finalización del permiso por nacimiento de hijo o simultáneamente al período de descanso de la madre. En todo caso, la DT 9.^a LOI prevé una ampliación progresiva y gradual de la duración «hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley», que el Congreso rechazó en su sesión de 25 de junio de 2008.

IV. REINCORPORACIÓN DE LA TRABAJADORA A SU PUESTO DE TRABAJO

IV.1. Riesgo durante la lactancia

La situación de la lactancia al recién nacido ha sido objeto de una nueva protección a partir de la LOI independizándose de la protección por maternidad. La situación de lactancia recibe ahora protección, por un lado, a partir del derecho al descanso por esta causa del artículo 37.4 LET, y de otro, a través de la nueva redacción de los artículos 26.4 LPRL y 45.1.d) LET la tutela preventiva de los riesgos para la salud y seguridad de la madre lactante y del hijo recién nacido hasta los nueve meses. Si las situaciones de embarazo y maternidad resultan protegidas por el Ordenamiento jurídico tras la LOI en defensa del principio de igualdad, la de la lactancia materna, sobresale la intensificación de la protección de la salud y seguridad de ella y del lactante. Así, se introduce la posibilidad de la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que no fuera posible, tras la evaluación, ni la adaptación del puesto de trabajo ni la movilidad funcional (art. 26.1 y 2 LPRL).

El nuevo artículo 26.4 LPRL traspone y amplía la Directiva 92/85/CEE y contempla el supuesto de suspensión del contrato ante la situación de riesgo durante la lactancia natural hasta los nueve meses del recién nacido al amparo del artículo 45.1.d LET y siempre que se cumplan las previsiones contenidas en el artículo 26.3 LPRL. Por tanto, el empresario deberá iden-

tificar previamente los riesgos específicos para la mujer lactante y para el hijo menor de nueve meses, de tal modo que la mujer que haya optado por este tipo de lactancia tendrá la seguridad de estar exenta de riesgos en su puesto de trabajo, y si no se conociesen los riesgos o éstos pudieran producir algún riesgo sobre ella o el lactante tendrá derecho a la suspensión del contrato de trabajo.

Iniciada la suspensión del contrato la trabajadora tiene derecho a la nueva prestación de riesgo durante la lactancia natural (nueva redacción al artículo 38.1c LGSS por la DA 18.^a LOI) regulada en el nuevo Capítulo IV quinquies, en sus artículos 135 bis y 135 ter, que al igual que la prestación por riesgo durante el embarazo tiene carácter de riesgo profesional, con duración hasta el cumplimiento de los nueve meses del recién nacido³⁹, salvo que desaparezca el riesgo o se puedan aplicar las medidas del artículo 26.3 LPRL (adaptación del puesto o movilidad funcional) o, en fin, opte la madre por cambiar la alimentación materna a la artificial. En esta situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia se mantiene la obligación de cotizar (nuevo artículo 106.4 LGSS), estableciéndose para el empresario las correspondientes bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para los contratos de interinidad que oportunamente celebre para cubrir la suspensión del contrato por esa causa (DDAA 15.^a y 16.^a LOI).

IV.2. Adaptación y distribución de su jornada por cuidado del hijo

La Ley 39/1999 introdujo los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37 LET no sólo para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 39.1 CE sino también como transposición de las Directivas 92/1985/CEE y 96/34/CEE, efectuada por aquélla Ley con la finalidad de atender al bien que se considera necesitado de protección. En este sentido no nos encontramos tan sólo ante un derecho de los trabajadores a conciliar la vida familiar y laboral, sino también ante un interés necesitado de protección, como es el del menor a recibir la mejor atención y cuidados posibles. Esta finalidad y obligación deben ser los que prevalezcan y sirvan de orientación para resolver cualquier duda interpretativa, así como para dar la mayor eficacia posible al sentido literal de las palabras de la Ley, atendiendo a su espíritu. Se refiere el citado artículo 37 LET al derecho de la trabajadora a ausentarse de su puesto de trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses (art. 37.4 LET), al

³⁹ El período de lactancia al que se refería en antiguo artículo 26.3 LPRL en su redacción original no estaba cuantificado de un modo preciso, e interpretativamente se entendió que habría de referirse al mismo período de nueve meses al que se refería el permiso por lactancia del artículo 37.4 LET: cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Trotta, Madrid, 1996, pp. 175 y ss.

derecho a la reducción de jornada —de entre un octavo y un medio— por guarda legal de un menor de ocho años o discapacitado (art. 37.5 LET) y al derecho a la concreción horaria de dicha reducción dentro de su jornada ordinaria de trabajo (art. 37.6 LET).

El derecho a la reducción de jornada —de entre un octavo y un medio— por guarda legal de un menor de ocho años o discapacitado contenido en el artículo 37.5 LET se diferencia del concedido por lactancia en dos aspectos importantes: a) Su extensión que debe ser como mínimo un octavo y como máximo la mitad de dicha jornada; y b) La jornada que ha de tomarse como referencia para efectuar la reducción, que no especifica nada la ley, es la jornada individual del trabajador que tenga asignada, en los mismo términos que se prevén para la reducción por lactancia, dado el tenor literal del artículo 37.4 LET que se refiere a «su jornada»⁴⁰.

Los porcentajes de reducción de jornada no han de aplicarse necesariamente sobre la jornada diaria o semanal, porque el artículo 37.5 LET no establece condición alguna sobre qué módulo temporal de jornada deban aplicarse tales porcentajes, sin que haya impedimento alguno para que la reducción pueda concentrarse en unos días de la semana⁴¹, ni tampoco para que —sin procederse a reducción alguna de jornada— se requiera del empresario una modificación de turnos⁴², ni tampoco, incluso, cuando la trabajadora no sólo desea concentrar la reducción en unos días sino también elegir un solo turno de trabajo⁴³ ni, finalmente, hay obstáculo para que la trabajadora con jornada complementaria decida cuál es su jornada ordinaria⁴⁴, y ello al amparo del derecho de la trabajadora a la concreción horaria y determinación de la reducción de jornada del artículo 37.6 LET, en aras a la finalidad de la Ley que no es otro que lograr conciliación de la vida familiar y laboral y el derecho de protección del menor.

Ciertamente, la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del artículo 37 LET al igual que la de todas aquellas

⁴⁰ Así se desprende de la interpretación efectuada por la STSJ de Navarra de 16 abril 1998 (núm. 130/1998) con relación a una jornada a turnos en que la reducción debía operar sobre «esa modalidad».

⁴¹ S. Juzgado de lo Social núm. 21 Barcelona de 30 noviembre 2004 (núm. 542/2004). Otras decisiones judiciales han mantenido que la jornada debe ser la diaria, en un supuesto que se solicitaba la reducción de la jornada calculada ésta anualmente: STSJ de Cataluña de 14 diciembre 1999 (núm. 9008/1999).

⁴² S. Juzgado Social núm. 35 de Madrid de 6 mayo 2004 (núm. 199/2004) y S. Juzgado Social núm. 4 de Málaga de 13 octubre 2005 (núm. 112/2005).

⁴³ STC de 15 enero 2007 (núm. 3/2007), F.Jco. 6.º

⁴⁴ La doctrina judicial aplicativa del precepto no es unánime: Algún Tribunal ha entendido que la reducción alcanza únicamente a la «jornada normal», sin afectar a las horas complementarias (STSJ de Andalucía de 10 febrero 1999 (núm. 382/1999); otros mantienen el criterio contrario (STSJ de Madrid de 5 marzo 1998 (núm. 267/1998), e incluso una tercera línea admite la posibilidad de que la reducción sólo alcance a esta jornada complementaria (S. Juzgado Social núm. 1 de Lugo de 12 abril 2005 —núm. 198/2005—).

medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio artículo 37.6 LET, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego⁴⁵.

Por su parte, el artículo 34.8 LET fue introducido por la DA 11.ª³ LOI y establece que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.

El primer grupo de derechos contenidos en los artículos 37.4, 5 y 6 LET, ya referidos, se refieren al derecho a la reducción de jornada ante los supuestos en ellos contemplados, mientras que el derecho regulado en el artículo 34.8 LET, con previsión práctica probable de una reducción de jornada, otorga a la trabajadora el derecho añadido o complementario a adaptar tanto su duración —que puede optar por su mantenimiento o reducción— como su distribución horaria. Y, es más, la jornada sobre la que operará la posible reducción es la que en ese momento tuviese la trabajadora, como el supuesto de jornada parcial de trabajo.

Esta interpretación de los preceptos citados es la que comenzó primando en las varias decisiones judiciales⁴⁶ de las que se pueden extraer las siguientes conclusiones: a) El derecho consiste en la adaptación de su jornada de trabajo así como en su distribución horaria. Por tanto este derecho que presenta dos facetas, de adaptar la jornada que la trabajadora tenía y de distribuir su horario, no resulta efectivo cuando tan sólo se cumple una de ellas; b) La concreción de este derecho puede establecer en la negociación colectiva o en el acuerdo de la trabajadora con el empresario. Pero si nada hay establecido convencionalmente ni la trabajadora llega a ningún acuerdo con el empresario prevalece la opción efectuada por la trabajadora primando el derecho de conciliación de la vida familiar y laboral y el derecho de protección del menor sobre la propia organización o intereses empresariales.

Desde esta perspectiva, «un turno de retén que impone la obligación de estar localizable y disponible durante 24 horas, no precisándose presencia

⁴⁵ STC de 15 enero 2007 (núm. 3/2007), F.Jco. 6.º

⁴⁶ STSJ de Madrid de 19 diciembre 2007 (núm. 1018/2007).

física, pero con obligación de acudir al centro de trabajo en un plazo inferior a 60 minutos de 8 a 22 horas y en un plazo inferior a 80 minutos el resto de jornada, impide la organización familiar, y el cuidado y la atención de los hijos. Lo mismo ocurre con un turno rotatorio de mañana, tarde y noche puesto que, en tales casos, la organización destinada a la atención del menor es imposible»⁴⁷. En esta situación, la trabajadora no sólo tiene derecho a la elección del turno, perfectamente factible para la empresa que presta servicios las 24 horas del día, sino también a la adaptación y distribución de esa jornada, que es incuestionable y, por tanto, en el supuesto debatido tiene derecho a la elección de un turno fijo. Incluso, aunque el turno fuese rotativo con inclusión de sábados y domingos, el derecho a la adaptación de su jornada y distribución horaria comprende el derecho a obtener una jornada de lunes a viernes, sólo por la mañana, descansando sábados y domingos⁴⁸, pues debe primar su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, siendo además la adaptación de su jornada y distribución horaria elegida por la trabajadora la que otorga efectividad al ejercicio de la patria potestad y a preservar el derecho de protección del menor que prevalece sobre la propia organización o intereses empresariales.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de junio de 2008⁴⁹ tras debatir el ejercicio del derecho de los padres a la reducción de jornada por la guarda de un menor contenido en el artículo 37.5 LET, estudia si este derecho afecta a la reducción de jornada laboral con elección de horario o si también puede aplicarse a otros supuestos en que sin la referida reducción se elija una jornada con horario adecuado a los intereses del menor y de la familia. El Tribunal Supremo vincula la elección de horario a la reducción de jornada sobre la base de que el artículo 37.6 LET concede un derecho al trabajador en orden a la determinación de la duración y período de disfrute que está íntimamente relacionado al de la reducción de la jornada, aduciendo que los órganos con potestad legislativa son los únicos a los que les compete afrontar la inclusión de otra norma que actualmente no se contempla.

En efecto. Por razones temporales no pudo ser aplicada al caso resuelto por el Tribunal Supremo el nuevo artículo 34.8 LET que fue introducido por la DA 11.^a de la LOI que consagra una nueva facultad para el trabajador jurídicamente exigible al empresario aunque limitada o condicionada al convenio colectivo o al acuerdo individual. De esta manera, el trabajador tiene derecho a adaptar la duración y la distribución de su jornada de trabajo con la finalidad de hacer efectiva su conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos establecidos en la negociación colectiva o en el

⁴⁷ STSJ de Madrid de 19 diciembre 2007 (núm. 1018/2007)

⁴⁸ S. Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, de 5 agosto de 2008.

⁴⁹ STS u. de d. de 8 junio 2008 (rec. núm. 1625/2007)

DL Avances legislativos y judiciales en la protección de la maternidad

acuerdo que pudiera llegar con su empresa. La adaptación y la distribución de la jornada de trabajo son conceptos amplios que fácilmente pueden abarcar reducciones o ampliaciones de jornada, cambio de horarios, de turnos, etc., todo ello en función de sus necesidades de conciliación.

A partir del nuevo artículo 34.8 LET su alcance, por tanto, deberá ir más allá de la pura aplicación del criterio jurisprudencial ya que, si bien en algunas ocasiones podría ser utilizado, en otras no, pues deberán ponderarse en cada caso todas las circunstancias concurrentes y atendidas por el legislador.