

Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO *

1. DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL EN LA LOI: LA BÚSQUEDA DE LA CORRESPONSABILIDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La situación de la mujer trabajadora «viene siendo objeto de la atención normativa del Derecho del Trabajo desde los orígenes mismos de esta rama del ordenamiento jurídico»¹, pero la promoción de la mujer en términos de igualdad real y efectiva con el hombre, y no en términos de tutela de la misma como ser débil y necesitado como tal de protección, no ha tenido lugar hasta más de un siglo después. Es cierto que desde la entrada en vigor de la Constitución española la protección jurídica de la mujer trabajadora ha sufrido una transformación impresionante, fruto en gran medida de nuestra integración en la Unión Europea. Sin embargo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo sigue contando con importantes obstáculos, derivados fundamentalmente de las cargas familiares que tradicionalmente han asumido las mujeres, y que hacen difícil al-

canzar una igualdad plena de mujeres y hombres.

Durante muchos años se insistió exclusivamente en la necesidad de acabar con la discriminación por razón de sexo en el acceso y la continuidad en el empleo, de manera que la mayoría de las normas dictadas fueron encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. En consecuencia, no se tuvo en cuenta que las diferencias por razón de sexo en el empleo son en realidad un reflejo del distinto papel que hombres y mujeres asumen en el seno de la familia. Así, es una realidad constatada que paralelamente a la incorporación de la mujer al mundo laboral se ha producido un aumento del número de mujeres que se dedican simultáneamente al trabajo dentro y fuera del hogar familiar, lo que da lugar a una «doble jornada de trabajo», como gráficamente se ha expresado. Las responsabilidades familiares y, sobre todo, la maternidad, constituyen, por tanto, un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo. Con la finalidad de acabar con dicha situación vienen instrumentándose en los últimos años lo que se han denominado medidas para conciliar la vida familiar y laboral. En efecto, el legislador ha intentado no sólo establecer medidas que se consideran necesarias en la búsqueda de la

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

¹ A. MONTOYA MELGAR: *Prólogo* a la obra de R. MOLINA PUMARIEGA: *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, Madrid, 2004, pág. 11.

igualdad de oportunidades en el trabajo, sino también de adoptar medidas dirigidas, por un lado, a la consecución de una distribución más justa entre mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares y, por otro, a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia. Es cierto, como se ha señalado por la doctrina, que «no es misión de los poderes públicos –al menos en nuestro ordenamiento jurídico– establecer (y mucho menos imponer) modelos determinados de convivencia familiar o ‘políticas de familia’ concretas. La organización de la familia pertenece al terreno de la privacidad de los individuos»². Pero, partiendo de esta realidad, no es menos cierto que los poderes públicos deben tratar de eliminar al máximo todos los obstáculos o dificultades que afectan directamente a la familia, para que dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección. El legislador debe sentar las bases para que el reequilibrio en el reparto de responsabilidades pueda ser efectivo y para que pueda compatibilizarse el tiempo de trabajo y el tiempo de atención a la familia.

Este enfoque en el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral puede apreciarse con claridad a nivel comunitario a partir de la publicación de la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que constituye la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares. Como se ha señalado por la doctrina, esta Directiva supone el tránsito de «una mera política laboral y de protección social a una política familiar»³, que tuvo su reflejo a nivel nacional, con la publicación de la Ley 39/1999, de

5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante, LCVFL). Esta norma vino a configurar un nuevo marco de apoyo a las familias y por primera vez ofreció un enfoque global e integrado de la conciliación de la vida familiar y laboral. La LCVFL trató de configurar «un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada» (Exposición de Motivos LCVFL)⁴.

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) constituye un nuevo hito en esta materia. Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral guardan una indudable relación con el principio de igualdad, de ahí que la LOI preste una especial atención a las mismas. Los objetivos perseguidos por el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y por los llamados en el art. 44 LOI «derechos de conciliación de la vida familiar y laboral» no son coincidentes, pero éstos constituyen en la práctica una técnica indirecta para la consecución del principio de igualdad, lo que justifica su tratamiento en una norma que trata de promover la igualdad real de mujeres y hombres. En efecto, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 1 LOI). Los de-

⁴ Sobre las novedades introducidas por la LCVFL, ver, entre otros, M.A. BALLESTER PASTOR: *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario 1999; VVAA: «Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Aranzadi Social*, nº 20, 2000.

² R. MARTÍN JIMÉNEZ: «Disposiciones ‘extravagantes’ y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, nº 20, 2000, pág. 112.

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *Relaciones Laborales*, 1999-II, pág. 30.

rechos de conciliación de la vida familiar y laboral, por su parte, tienen como objetivo directo proteger los intereses familiares, pero como sexo femenino y responsabilidades familiares son factores que suelen ir unidos pues la práctica social demuestra que el cuidado de la familia recae preferentemente sobre las mujeres, todas las medidas que permiten a los trabajadores compatibilizar su trabajo con el cuidado de sus hijos o familiares, indirectamente tienen una finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. La igualdad por razón de sexo «requiere de una reacción precisa del poder legislativo que, reparando en la desigualdad que de hecho sufren las mujeres, fomente el efectivo reequilibrio en el reparto de responsabilidades»⁵, y a ello responden las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.

Puede, por tanto, afirmarse que dos bienes jurídicos distintos tratan de proteger las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral: por un lado, la familia y, por otro, la mujer, que requiere de una protección especial en atención a su condición biológica y al rol social que tradicionalmente se le ha asignado. En consecuencia, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, en caso de conflicto, la dimensión constitucional de todas las 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».

La LOI intenta aglutinar las distintas medidas o figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares en el término «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En efecto, tal y como establece el art. 44.1 LOI, «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Se insiste, por tanto, en la necesidad de que dichos derechos fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares y en que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para los trabajadores y trabajadoras. Estos derechos también se reconocen en el ámbito de la función pública, pero en este caso el art. 56 de la LOI no insiste en la necesidad de fomentar el equilibrio en el reparto de las responsabilidades familiares, sino que se limita a señalar que la normativa aplicable al personal al servicio de la Administración Pública «establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

Debe tenerse en cuenta que la LOI habla de «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral» pero sin enumerar dichos derechos y partiendo del hecho consumado de que los mismos son ya conocidos. Sin embargo, no existe ninguna norma que contenga una enumeración de los que se considerarán «derechos de conciliación», de manera que

⁵ A.V. SEMPERE NAVARRO, Y. CANO GALÁN, P. CHARRO BAENA, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI: *Políticas sociolaborales*, Ed. Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 2005, pág. 201. Como señala J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006, pág. 35, «la estrategia del *mainstreaming* de género, que 'pretende la integración de la perspectiva de igualdad en todas las políticas normativas en oposición a la mera elaboración de proyectos destinados específicamente a las mujeres', sería insuficiente si no incorpora la problemática de la conciliación de la vida familiar y laboral, en la medida en que se ha demostrado que la concepción sectorial de las políticas de igualdad, imprescindible antes y ahora, no ha logrado su objetivo final».

habrá que entender, como hemos señalado, que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares. Estos derechos incluyen, a nuestro juicio, no sólo los relacionados estrictamente con el cuidado de hijos, menores u otros familiares, sino también aquellos directamente vinculados con las situaciones de embarazo y parto, pues todos ellos tienen como finalidad la protección de la familia y de la mujer, tanto desde el punto de vista de la consecución de su igualdad real y efectiva con el hombre como desde el punto de vista de la necesidad de proteger su condición biológica. Asimismo, debe tenerse en cuenta que aun cuando la LOI habla de «derechos de conciliación de la vida familiar y laboral», éstos no se incluyen entre los derechos básicos que tienen los trabajadores de acuerdo con el art. 4.1 ET.

Como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, las estadísticas demuestran que a pesar de los avances que han tenido lugar en los últimos años en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, especialmente tras la entrada en vigor de la citada LCVFL, son las mujeres las que siguen haciendo uso principalmente de las licencias parentales que concede la ley, de ahí que el gran reto al que se enfrenta la LOI sea el fomento de una nueva cultura de corresponsabilidad. Así, por ejemplo, según datos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el año 2005 el 98,24% de los permisos por maternidad y el 95,23% de las excedencias por cuidado de hijos, fueron solicitados por mujeres. Estos datos muestran con claridad que la introducción de medidas «en orden a permitir una más fácil conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales, aunque formalmente se presenten como neutras»⁶, en la práctica no lo son, pues son uti-

lizadas, como acabamos de señalar, prevalentemente por la mujer, de manera que sigue siendo ésta quien asume el grueso fundamental de responsabilidades familiares. La mujer se convierte, en definitiva, en la destinataria fáctica de las distintas medidas conciliatorias⁷. Esto exige, lógicamente, un cambio en la mentalidad social y dicho cambio trata de ser fomentado por la LOI fundamentalmente a través del reconocimiento a los padres del derecho a un permiso y una prestación por paternidad. La creación de este nuevo derecho, como ha señalado el CES, constituye un primer paso para la extensión de la cultura de la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos, fomentando que el ejercicio de la conciliación de la vida laboral y familiar sea asumido por ambos sexos. Se trata, por tanto, de que este permiso acerque las posiciones del padre y de la madre en el cuidado de los hijos y que este acercamiento provoque un cambio en el comportamiento empresarial. En definitiva, nos encontramos ante un «derecho de conciliación» que pretende contribuir a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad. Sin embargo, a nuestro juicio, esta medida puede contribuir a largo plazo a dicho cambio, pero a corto plazo difícilmente va a dar lugar a resultados apreciables al configurarse como un derecho que voluntariamente puede ejercer el trabajador, como más adelante se expone. Podemos así afirmar que es una medida que surtirá mayores efectos entre las generaciones futuras y que sin duda va a jugar un papel esencial en el cambio de roles necesario para que los padres asuman un mayor protagonismo en el cuidado y atención de los hijos. Por otro lado, debe tenerse en

(comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), *RMTAS*, nº especial, 1999, pág. 74.

⁷ Ver, M^a. C. LÓPEZ ANIORTE: «El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliatorias», en *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, directora C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 105.

⁶ J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado

cuenta que la LOI, con el objetivo de conseguir esa ansiada corresponsabilidad entre mujeres y hombres, sólo introduce reformas que afectan a la relación laboral propiamente dicha pero no complementa dichas reformas con una política más amplia que aborde el conjunto del problema desde otras perspectivas (por ejemplo, servicios de guardería, etc.). Es decir, en coherencia con la finalidad perseguida por la Ley, se aborda el problema de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde la óptica de la discriminación por razón de sexo y no desde la perspectiva más amplia de lo que podríamos denominar, como en otros países de la Unión Europea, política familiar⁸.

La LOI introduce numerosas reformas en la legislación sustantiva, procesal y de Seguridad Social, así como en la normativa funcional, para asegurar la mejor conciliación entre el trabajo y la familia de los trabajadores y trabajadoras y conseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. Estas reformas responden a las pautas que han guiado la evolución de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde sus orígenes y que como ha señalado la doctrina son, a grandes rasgos, las siguientes⁹: creación de nuevas figuras jurídicas, mejora del contenido de esos derechos, introducción de mayor flexibilidad en el ejercicio de los derechos, establecimiento de medidas que aminoran los costes empresariales derivados del ejercicio de los derechos de conciliación y reforma simultánea de la normativa aplicable a los trabajadores asalariados y a los funcionarios públicos. La LOI, por tanto, continúa y afianza el

camino que desde hace ya algunos años viene siguiendo el legislador en esta materia.

En concreto, las reformas introducidas por la LOI en la normativa citada responden, a nuestro juicio, a las siguientes líneas básicas:

- se trata de recoger en la normativa legal la jurisprudencia más significativa sobre la materia con el fin de crear una situación de mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las distintas figuras que componen los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral;
- se sustituyen las referencias que las distintas medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral hacían al «padre» por referencias al «otro progenitor», para incluir la nueva posibilidad de matrimonios de personas del mismo sexo, de manera que en muchos casos desaparece la intención inicial perseguida por algunas de dichas medidas. Así, por ejemplo, de conformidad con el art. 48.6 modificado por la LOI la madre podrá ceder al «otro progenitor», cuando éste trabaje también, parte del descanso posterior al parto, con el límite absoluto del disfrute por la mujer de las seis semanas inmediatamente posteriores a dicho acontecimiento. La finalidad inicial de esta norma era favorecer tanto a la mujer (madre) como al hombre (padre) y corresponsabilizar al hombre en el cuidado de los hijos. Esta finalidad cambia para pasar a favorecer a dos mujeres cuando se trata de parejas del mismo sexo. Lo mismo sucede con el nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo creado por la LOI relativo a la paternidad. Parece claro, y así se señala en la Exposición de Motivos de la Ley, que la intención perseguida por el legislador al crear este nuevo derecho, como acabamos de señalar, es fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción obli-

⁸ En este sentido, ver G. MEIL LANDWERLIN: «Cambio familiar y política de conciliación de la vida familiar y vida laboral en España», *RMTAS*, nº especial, 1999, págs. 27-36.

⁹ A.R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, págs. 32 a 34.

- gatoria de obligaciones familiares. Sin embargo, este derecho no se concede al hombre trabajador, sino que de nuevo aquí la norma, al pretender incluir a los matrimonios del mismo sexo, concede este derecho al «otro progenitor» independientemente de su sexo, de manera que la finalidad perseguida por este nuevo derecho queda difuminada;
- intenta potenciarse, como acabamos de señalar, la participación del padre en el cuidado de los hijos a través, entre otras medidas, de la creación del derecho a un permiso y una prestación por paternidad;
 - se adoptan medidas que tratan de reforzar la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas y ampliar dicha protección durante el período de lactancia natural;
 - se presta especial atención a las situaciones singulares que puedan afectar a los hijos recién nacidos, como las situaciones de discapacidad;
 - se pretende ampliar las situaciones o los sujetos protegidos por los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral;
 - se regula en paralelo, aunque no siempre miméticamente, el régimen privado y el régimen público del trabajo asalariado, lo que constituye una característica del desarrollo de las relaciones laborales en los últimos años¹⁰ –piénsese, por ejemplo, en la LCVFL–;
- se flexibiliza la regulación legal de varios de los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», como por ejemplo, la reducción de jornada, el permiso por lactancia o la excedencia, con el fin de que los trabajadores puedan adaptar el disfrute de los mismos a sus necesidades familiares y con la misma intención se reconoce el derecho a la adaptabilidad de la duración y distribución de la jornada de trabajo;
 - se intenta evitar que la maternidad sea un obstáculo para la promoción profesional o que pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo;
 - se amplía el número de posibles beneficiarios de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social;
 - se trata de evitar que el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral cause cualquier tipo de perjuicio en la carrera de seguro del beneficiario de la prestación;
 - se intenta que los bienes jurídicos protegidos por la prestación por maternidad no queden en un segundo lugar cuando dicha situación coincida en el tiempo con otras contingencias protegidas por el Sistema; y, finalmente,
 - se amplían los supuestos de protección frente al despido.
- El conjunto de reformas introducidas por la LOI en el ET, LPRL y LGSS se examinan con detenimiento en los próximos apartados.

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que en materia de «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral» en el ámbito público, la LOI no sólo modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, sino también la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen

2. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Una de las novedades más importantes que la LCVFL introdujo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) fue la creación, en su art. 26, de una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, el riesgo durante el embarazo, durante la cual la tra-

bajadora va a recibir una prestación económica de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en el art. 135 LGSS. A esta prestación, que se encuentra «a caballo entre las de incapacidad temporal y maternidad», se le ha aplicado desde su creación la estructura de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, lo que ha sido criticado reiteradamente por la doctrina, en la medida en que el régimen protector de la incapacidad temporal por enfermedad común es ajeno a la nueva contingencia¹¹. Así, para algunos autores la contingencia debería haberse vinculado a la maternidad, toda vez que la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo encuentra su causa en el embarazo de la mujer¹², mientras que para otros debería de haberse vinculado a la estructura propia de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, pues la suspensión del contrato nace por causas prototípicamente laborales, en cuanto asociadas al medio productivo¹³.

del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Los preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública modificados por la LOI, tendrán carácter retroactivo respecto de los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006 en el ámbito de la Administración General del Estado (disposición transitoria sexta LOI).

¹¹ J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad...*, op. cit., pág. 174.

¹² En este sentido, ver, F. CAVAS MARTÍNEZ: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Aranzadi Social* 1999-V, pág. 19; C. MIÑAMBRES PUIG: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RMTAS*, número extraordinario, pág. 27; L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE: «La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, nº 20, 2000, pág. 108.

¹³ En este sentido, ver, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Comentarios al Capítulo IV de Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo», en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, dir. A.V. SEMPERE NAVARRO, Ed. Laborum, Murcia, 2003, pág. 700; de la misma autora, *El riesgo durante el embarazo. Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 77 y ss.

Las críticas doctrinales a la utilización de la estructura protectora de la incapacidad temporal por contingencias comunes, han llevado al legislador a modificar la naturaleza de la prestación por riesgo durante el embarazo. En efecto, los arts. 134 y 135 LGSS modificados por la LOI, recogen la segunda de las posturas doctrinales señaladas, de tal manera que la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales. Esta calificación tiene lógicamente importantes consecuencias en relación con los requisitos del hecho causante; en primer lugar, no se va a exigir a la trabajadora un período mínimo de carencia y, en segundo lugar, se le considerará en situación de alta de pleno derecho en aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta (art. 125.3 LGSS).

Además de vincular la contingencia de riesgo durante el embarazo con el riesgo de origen profesional que es el que verdaderamente desencadena dicha situación, la LOI trata también de acercar la prestación económica que se recibe en estos supuestos a la maternidad, como prueba de que el riesgo durante el embarazo es una especie de híbrido entre la incapacidad temporal y la maternidad. Así, de conformidad con el art. 135.3 LGSS, la prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Como es sabido, antes de esta reforma la prestación económica por riesgo durante el embarazo consistía en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes sin ningún coste económico para el empresario, pues dicha cantidad se recibía desde la fecha de suspensión del contrato. La LOI al reformar el art. 135.3 LGSS ha tenido presente la realidad protegida por

esta prestación, que no es otra que el embarazo de la mujer trabajadora, lo que lógicamente nos acerca al objeto de protección de la prestación por maternidad, de ahí que la cuantía de la prestación se equipare en ambos supuestos¹⁴.

La calificación del riesgo durante el embarazo como una prestación derivada de contingencias profesionales lleva implícita una variación en el ente responsable de la gestión y el pago de la prestación económica. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 135.4 LGSS la gestión y el pago de la prestación corresponderá a la Entidad Gestora (INSS) o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Dado que no se establece ninguna modificación en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, debe entenderse, conforme a lo dispuesto en el art. 20 de dicha norma, que no cabe fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. Asimismo, la calificación del riesgo durante el embarazo como un riesgo profesional implica también que los Servicios Médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en el caso de que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales con

una Mutua, sean competentes para certificar que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulta posible o, que a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto (art. 26.2 LPRL). Esta posibilidad ya existía antes de la reforma introducida en esta materia por la LOI, pero, en coherencia con la aplicación al riesgo durante el embarazo de la estructura propia de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, los Servicios Médicos de las Mutuas sólo podían emitir dicha certificación si la empresa tenía concertada con la Mutua la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las modificaciones introducidas por la LOI en la prestación por riesgo durante el embarazo son aplicables no sólo a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, sino también a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales y a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos (Disposición adicional octava apartado 4 de la LGSS), y serán de aplicación a las suspensiones que por esta causa se produzcan a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria séptima LOI).

3. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

3.1. La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural

La creación de una nueva situación de necesidad por la LCVFL, el riesgo durante el embarazo, supuso la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en

¹⁴ Esta opción ya había sido propuesta por la doctrina. En este sentido, ver, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Comentarios al Capítulo IV Ter. Riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 712, para quien «puesto que la imposibilidad de permanencia en el puesto de trabajo, por el riesgo que comporta para la salud de la madre o, en su caso, el feto, deriva directamente de la situación de embarazo de la trabajadora, esto es, de la maternidad, circunstancia que no puede calificarse propiamente de incapacidad temporal, quizá habría sido más adecuado extender a la situación de riesgo durante el embarazo el régimen jurídico de la prestación por maternidad, fijándose en un 100 por 100 de la base reguladora la cuantía del subsidio».

período de lactancia¹⁵. Sin embargo, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina, la LCVFL no supuso una trasposición total de la citada Directiva al orden laboral español¹⁶, pues de conformidad con el art. 26 LPRL el período de lactancia no queda protegido por la suspensión del contrato de trabajo en contra de lo que exige la norma comunitaria. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 92/85 en el supuesto de que el puesto de trabajo desempeñado implique un riesgo o tenga alguna repercusión en la lactancia de una trabajadora y no fuera posible la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto, su contrato deberá quedar suspendido garantizándose «el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada» (art. 11.1). La LPRL no contempla esta opción, y aunque las obligaciones básicas que debe asumir el empresario para proteger la maternidad de conformidad con el art. 26 LPRL se extienden no sólo a la situación de embarazo o parto reciente, sino también al período de lactancia, no se prevé la suspensión del contrato de trabajo en estos supuestos. El art. 26.4 LPRL declara aplicable al período de lactancia las previsiones contenidas en los apartados 1 y 2 de dicho precepto relativas a la evaluación de riesgos con adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, y al cambio de puesto o función con otro compatible con su estado, pero no es de aplicación a dicho supuesto lo previsto en el apartado 3

del art. 26 que declara el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato cuando el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible.

La LOI pone fin a esta situación y traspone plenamente la Directiva 92/85 a nuestro ordenamiento jurídico al introducir una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, el riesgo durante la lactancia natural. Así, si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo durante el período de lactancia natural y así lo certifican los Servicios Médicos del INSS o las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora o a su hijo, la trabajadora deberá ser trasladada a un puesto de trabajo o función diferente compatible con su estado. Si el cambio no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses (art. 26.4 LPRL). Durante este período de suspensión del contrato de trabajo la trabajadora recibirá una prestación económica de la Seguridad Social de conformidad con lo dispuesto en el nuevo Capítulo IV Quinquies LGSS.

Para evitar las dudas interpretativas que el término período de lactancia había suscitado en el sentido de si hacía alusión a todo tipo de lactancia o sólo a la natural, el art. 26 LPRL específica que sólo hace alusión a la lactancia natural, lo que es lógico dada la finalidad del precepto: proteger al hijo de los riesgos biológicos derivados de la prestación de trabajo en determinadas condiciones. Si la lactancia es artificial ese riesgo no existe. Asimismo, es importante destacar que la norma establece un plazo máximo de duración del período de suspensión del contrato de trabajo y de la correspondiente prestación

¹⁵ DOCE Serie L núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

¹⁶ En este sentido, ver, C. MIÑAMBRES PUIG: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *op. cit.*, pág. 19; L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE: «La prestación de riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999», *op.cit.*, pág. 105; J. CRUZ VILLALÓN: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario, 1999, pág. 98; C. SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Comentarios al Capítulo IV Ter LGSS. Riesgo durante el embarazo», *op. cit.*, pág. 695.

de la Seguridad Social (hasta que el hijo menor cumple 9 meses), al margen de prescripciones facultativas. Además, queda claro que es una opción de la madre el mantener la lactancia natural del hijo una vez que se reincorpora al trabajo, sin que la norma exija que el facultativo acredite la conveniencia y el mantenimiento de la lactancia natural.

Por lo que se refiere al período máximo de duración de la suspensión del contrato de trabajo señalado, debe tenerse en cuenta que el mismo no rige a efectos de la movilidad funcional de la trabajadora. El art. 26.4 LPRL únicamente tiene en cuenta el límite de edad de nueve meses del menor para referirse al período de suspensión del contrato de trabajo, pero en relación al cambio de puesto o función habla de período de lactancia natural en general sin establecer límite alguno a la duración de la misma. Por ello, a nuestro juicio, habrá que entender que en el supuesto de cambio de puesto o función, este cambio deberá extenderse durante tanto tiempo como dure la lactancia natural, sea inferior o superior a nueve meses. Si el legislador hubiera querido limitar el período de protección lo hubiera especificado como ha hecho en el supuesto de que proceda la suspensión del contrato de trabajo. En consecuencia, para que se mantenga el cambio de puesto o función deben darse necesariamente dos elementos: la lactancia natural y la persistencia de un riesgo para la salud de la trabajadora o del hijo.

Por lo que se refiere al momento de inicio de la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural habrá que entender que el período suspensivo comenzará tan pronto como la empresa reciba el certificado médico de los Servicios Médicos del INSS o de la Mutua, una vez que la trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo tras el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, y la empresa comprueba que resulta imposible el cambio de puesto de trabajo. Por lo que se refiere a la finalización de dicho período suspensivo, de acuerdo con

lo dispuesto en el art. 48.5 ET, la suspensión del contrato de trabajo finalizará en el momento en el que el lactante cumpla nueve meses, o cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Al igual que sucede en los supuestos de riesgo durante el embarazo, los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras con contrato suspendido por riesgo durante la lactancia natural darán lugar a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. Darán derecho a la misma bonificación los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socio de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante la lactancia natural¹⁷. Asimismo, dado que durante el período de suspensión del contrato persiste la obligación empresarial de cotizar a la Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.4 LGSS, se bonifican las cuotas a la Seguridad Social a ingresar durante dicho período con el fin de que dicha situación cause el menor perjuicio económico posible al empresario. Por ello, de acuerdo con la Disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad¹⁸, a la cotización de los trabajadores o

¹⁷ Art. 1 del RDL 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, modificado por la Disposición adicional decimoquinta de la LOI.

¹⁸ Modificada por la Disposición adicional decimosexta de la LOI.

de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, mediante contratos de interinidad celebrados con desempleados, les será de aplicación las siguientes bonificaciones:

- una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta para el caso de los trabajadores encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena; y,
- una bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un Régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos.

3.2. La prestación por riesgo durante la lactancia natural

La LOI no sólo crea una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo sino que, como hemos señalado, crea una nueva situación de necesidad protegida por nuestro Sistema de Seguridad Social: la de riesgo durante la lactancia natural, regulada en el Capítulo IV Ter Quinquies LGSS. En concordancia con la creación de esta nueva situación de necesidad, la LOI se ve obligada a introducir las modificaciones pertinentes en la LGSS, teniendo en cuenta que se otorga a esta nueva contingencia el mismo tratamiento jurídico que al riesgo durante el embarazo.

La situación protegida por la nueva contingencia es la ausencia de rentas provocada a consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo derivada del riesgo que para la mujer o el hijo supone la realización de su

trabajo habitual durante el período de lactancia natural. Durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora una prestación económica en los mismos términos previstos en la LGSS para la prestación económica por riesgo durante el embarazo (art. 135 ter LGSS). La prestación correspondiente a esta situación tendrá, por tanto, la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales y consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

El único requisito que se exige a la trabajadora para ser beneficiaria de esta prestación es estar afiliada y en alta o en situación asimilada al alta pues, al igual que en el resto de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, no se exige período previo de cotización. Al tratarse de una contingencia profesional rige el principio de alta presunta o de pleno derecho, de manera que aunque el empresario haya incumplido con sus obligaciones de afiliación y alta, la trabajadora tendrá derecho al cobro de la correspondiente prestación.

La prestación económica de la Seguridad Social comenzará a percibirse el día en el que se inicia el período de suspensión del contrato y finalizará cuando el hijo tenga nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional octava, apartado 4, de la LGSS, tendrán derecho a esta prestación las trabajadoras por cuenta ajena no sólo del Régimen General –incluidas aquellas que tengan un contrato para la formación¹⁹– sino también de los Regímenes Especiales. Asi-

¹⁹ Disposición adicional sexta LGSS.

mismo, tendrán también derecho a esta prestación las trabajadoras por cuenta propia incluidas en los Regímenes Especiales de trabajadores del mar, agrario y trabajadores autónomos, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La gestión del pago de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural corresponderá al INSS o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

4. EL SUBSIDIO NO CONTRIBUTIVO POR MATERNIDAD

El subsidio por maternidad que se puede percibir, si se reúnen los requisitos legalmente exigidos por el art. 133 ter LGSS, durante las dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, tiene una triple finalidad tal y como está configurado actualmente: la de proteger la maternidad, la de proteger al recién nacido o al menor y la de corresponsabilizar al padre en el cuidado de los hijos. Dentro de esas dieciséis semanas, las seis primeras, que sólo pueden ser disfrutadas por la madre en el supuesto de nacimiento de hijo, tienen una clara finalidad de protección de la maternidad biológica, la misma que tiene el nuevo subsidio no contributivo por maternidad introducido por la LOI en la LGSS. En efecto, la LOI ha creado un subsidio no contributivo por maternidad en caso de parto a favor de las trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General o de cualesquiera de los Regímenes Especiales o por cuenta propia, que no reúnan el período mínimo de cotización exigido por la Ley para acceder al cobro del subsidio por maternidad (arts. 133 sexies y 133 septies LGSS). De este modo se garantiza que todas las trabajadoras tras el parto van a recibir una cobertura económica, de mayor o menor duración y cuantía, dependiendo de si reú-

nen o no los requisitos para acceder al subsidio por maternidad.

Esta nueva prestación por maternidad tiene la consideración de no contributiva, según señala expresamente el art. 133 septies LGSS. Se trata de una prestación básica, que no tiene carácter universal porque no se concede a todos los ciudadanos, financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de conformidad con lo previsto en el art. 86 LGSS. El legislador ha optado por calificar esta prestación como no contributiva desde el punto de vista de su financiación, aunque falta uno de los requisitos propios del nivel no contributivo de las prestaciones de Seguridad Social que es la carencia de rentas. En efecto, el único requisito que se exige para acceder a esta prestación es no tener cubierto el período mínimo de cotización legalmente exigido, independientemente de la situación económica del beneficiario. Nos encontramos ante una situación similar a la de la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos o a la de la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples, que se configuran también como prestaciones de naturaleza no contributiva independientemente de los ingresos de los beneficiarios (arts. 19 a 26 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social).

La cuantía de la prestación a percibir es del 100 por 100 del IPREM vigente en cada momento. Ahora bien, si la base reguladora que correspondería a la trabajadora en el supuesto de haber tenido derecho al cobro del subsidio por maternidad fuese de cuantía inferior al 100 por 100 del IPREM, se percibirá el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente²⁰. Es decir, no se tiene en cuenta el período de cotización para acceder

²⁰ Recuérdese que la base reguladora de la prestación por maternidad si se trata de una trabajadora a tiempo completo es igual a la base reguladora por contingencias comunes del mes anterior dividida en-

a la protección pero se vincula a parámetros contributivos para calcular la cuantía, lo que llama la atención tratándose de una prestación no contributiva. Al tratarse de un subsidio no contributivo la alusión a la base reguladora produce confusión, como puso de manifiesto el CES en su Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres, por lo que dicha referencia debería haberse eliminado.

La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto, el equivalente, por tanto, a las seis semanas de descanso obligatorio. Así, todas las trabajadoras tras el parto tendrán derecho a dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo y aquéllas que no acrediten el período mínimo de cotización exigido por la LGSS para acceder al cobro del subsidio por maternidad, percibirán un subsidio no contributivo por maternidad durante las seis primeras semanas.

5. PERMISOS RETRIBUIDOS

5.1. Lactancia de un hijo menor de nueve meses

El reconocimiento a las trabajadoras de un permiso por lactancia de un hijo menor de nueve meses constituye una de las medidas tradicionalmente concedidas con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar y al mismo tiempo proteger al recién nacido. De conformidad con el art. 37.4 ET, las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. Este

tre el número de días del mes anterior o entre 30 si es mensual. En el supuesto de contrato a tiempo parcial la base reguladora será la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante dividida entre 365. (Artículo 133 quater LGSS y disposición adicional séptima LGSS respectivamente).

derecho que fue objeto de modificación por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras ha vuelto de nuevo a ser modificado ligeramente por la LOI.

Son dos las novedades que incorpora la LOI a la redacción de este precepto:

– En primer lugar, y recogiendo la jurisprudencia y doctrina sobre la materia, se especifica que en el supuesto de parto múltiple la duración del permiso se incrementará proporcionalmente al número de hijos nacidos. El art. 37.4 ET ha venido planteando la duda de si cada hijo nacido en un parto múltiple genera un derecho al permiso por lactancia independiente o, por el contrario, nos encontramos ante un único permiso. Los Tribunales, así como la doctrina mayoritaria, han entendido que al señalar la norma como beneficiario al lactante cada uno de los hijos nacidos en un parto múltiple genera un derecho independiente para atender a su alimentación. El art. 37.4 ET habla de «hijo», por lo que si existen varios hijos darán lugar a varios derechos. Como señala el TCT, «la lactancia es protegida como derecho esencial del recién nacido, que no debe limitarse en su extensión, compartiéndolo con varios en caso de parto múltiple»²¹.

La LOI no ha hecho, por tanto, otra cosa que recoger expresamente en el ET, así como en el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Fun-

²¹ STCT de 18 de junio de 1985 (RTCT 1985/4063). En el mismo sentido, STSJ Canarias de 24 de mayo de 1991 (AS 1991/3406). Esta opinión es mantenida en la doctrina, entre otros, por A.V. SEMPERE NAVARRO: «La Ley 3/1989 sobre maternidad e igualdad de trabajo de la mujer trabajadora. Nota crítica», *Relaciones Laborales*, nº 13, 1989, pág. 19; M.J. DILLA CATALÁ: «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», *Actualidad Laboral*, núm. 17, 1989, pág. 213; N. CORTE HEREDERO: «El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal», *Aranzadi Social*, Volumen V, 1998, pág. 853.

ción Pública, este criterio jurisprudencial y doctrinal para evitar posibles situaciones conflictivas. En realidad, si de lo que se trata con este derecho es de proteger al lactante cualquier otra solución debería considerarse discriminatoria.

– En segundo lugar, se concede a las trabajadoras la posibilidad de acumular este permiso en jornadas completas. Debe recordarse que la trabajadora ha tenido tradicionalmente dos opciones: o bien la ausencia durante una hora del trabajo o bien la reducción de la jornada en media hora. Si se opta por la ausencia de una hora durante la jornada de trabajo, cabe la posibilidad de dividir esa hora en dos fracciones que no podrán coincidir ni con el momento de entrada ni de salida en el trabajo, pues en ese caso estaríamos ante una reducción del tiempo de trabajo y no ante una ausencia durante la jornada. La reducción de la jornada sólo puede ser de media hora mientras que la ausencia durante la jornada puede ser de una hora. Junto a estas dos opciones que se siguen manteniendo, tras la entrada en vigor de la LOI la mujer trabajadora cuenta con una tercera opción, al poder acumular la media hora de reducción de jornada en jornadas completas «en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella». Entendemos, aunque el art. 37.2 ET habla en general de la posibilidad de acumular el derecho en jornadas completas, que la acumulación se refiere a la media hora de reducción de jornada y no al derecho a una hora de ausencia del trabajo. Lo que se acumula es el tiempo de reducción de la jornada de trabajo, y el tiempo de reducción es de media hora salvo que se establezca una norma más favorable por convenio colectivo o acuerdo con el empresario.

De nuevo aquí la LOI no hace sino recoger un criterio que se viene manteniendo en numerosos convenios colectivos y que ha sido

aceptado por la jurisprudencia. En efecto, el art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por convenio colectivo. En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que no desvirtúa ni desnaturaliza el régimen jurídico del permiso por lactancia un convenio colectivo que permite que el titular de este derecho pueda optar por la acumulación del mismo. Esta opción no destruye ni limita el permiso por lactancia, concebido siempre en atención y cuidado del menor, sino que, por el contrario, «viene a ampliar, mejorando, la posibilidad de que, en los términos de la opción, los padres elijan lo que consideren más favorable para el cuidado de sus hijos»²².

No cabe duda de que el tiempo que prevé la norma para el ejercicio del derecho de lactancia es notablemente escaso. A nuestro juicio, debería haberse aprovechado la reforma para conceder a los trabajadores la misma posibilidad ya prevista para los funcionarios públicos por el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, de manera que el trabajador pudiera optar entre repartir su hora de ausencia en dos períodos a lo largo de la jornada o reducir su jornada de trabajo en una hora²³. Sin embargo, el legislador no ha contemplado esta posibilidad a pesar de que conforme al art. 5 del Convenio núm. 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad, «las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de

²² STS de 20 de junio de 2005 (RJ 2005/6597).

²³ De conformidad con el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, tras la redacción dada al mismo por el art. 58.3 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos del Estado para el año 2003, «la funcionaria, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por el padre o la madre, en el caso de que ambos trabajen».

trabajo y remunerarse como tales». Por el contrario, como acabamos de señalar, el art. 37.4 ET pasa a admitir de forma expresa, como ya venía sucediendo también en el ámbito de la función pública²⁴, la posibilidad de acumulación por la vía de la negociación colectiva o del simple acuerdo del trabajador con el empresario.

La norma deja total libertad a la negociación colectiva o, en su caso, a empresario y trabajador para que dispongan la forma de acumulación o el momento de disfrute del permiso así como el número de jornadas completas que resultarán tras la acumulación correspondiente que, lógicamente, deberá ser como mínimo equivalente al número de horas de que se dispondría si se optara por la utilización del permiso con reducción de jornada²⁵.

Por lo que se refiere a la duración del permiso por lactancia, en el ámbito privado la LOI no ha introducido ninguna modificación de manera que podrá disfrutarse hasta los nueve meses del hijo. Por el contrario en el empleo público la duración del permiso se ha incrementado hasta los 12 meses²⁶.

Como fácilmente puede comprobarse, la reforma del art. 37.4 ET por la LOI recoge

²⁴ El citado art. 30.1 f) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificado de nuevo por la disposición final primera de la Ley 21/2006, de 20 de junio, por la que se modifica la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, recoge expresamente la posibilidad de que la funcionaria solicite «la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente».

²⁵ Sobre las distintas opciones que vienen aplicándose en la negociación colectiva, ver, M. FERNÁNDEZ PRIETO: «Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción», *op. cit.*

²⁶ La Disposición adicional decimonovena aparta 8 de la LOI modifica de nuevo el art. 30.1 f) de la Ley 30/1984 para introducir esta ampliación.

criterios jurisprudenciales y prácticas convencionales que desde hace años se vienen manteniendo, pero deja sin resolver algunos de los problemas que el permiso por lactancia viene planteando en la práctica como el relativo a la titularidad de este derecho.

Asimismo, la norma sigue excluyendo a aquéllos sujetos que sin ser progenitores pueden tener a su cargo la guarda legal o de hecho del menor, lo que supone una discriminación del niño que es el sujeto protegido por la norma.

Llama, por tanto, la atención que una norma como la LOI, dirigida a hacer efectivo el principio de igualdad, no haya introducido una reforma de mayor calado en relación con el permiso de lactancia corrigiendo las vulneraciones que de dicho principio contiene la regulación actual.

5.2. Otros permisos

Junto al permiso por lactancia, el ET, así como la normativa funcionarial, regulan otra serie de permisos que permiten a los trabajadores ausentarse del trabajo por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. La LCVFL introdujo en el art. 37.3 b) ET dos nuevas situaciones en las que el trabajador tiene derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración; a saber, el accidente grave y la hospitalización de los parientes del trabajador hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad. El CES y los sindicatos criticaron el hecho de que el legislador no hubiera aprovechado esta reforma para incluir otras situaciones que en la práctica se presentan con frecuencia y que provocan auténticos problemas para conciliar la vida familiar y laboral de los trabajadores. Entre los posibles permisos que podrían haberse incluido en la norma, se apuntaban los permisos para acompañar a los hijos menores de edad cuando necesiten recibir asistencia

sanitaria y para la atención de éstos en supuestos de enfermedades infecto-contagiosas o el derecho a permisos retribuidos por los trámites legales y administrativos que necesitan los trabajadores para la adopción nacional o internacional que esté siendo objeto de tramitación.

La LOI, sin embargo, no se ha hecho eco tampoco de estas peticiones y en el ámbito privado únicamente añade una nueva situación en el art. 37.3 b) ET que da lugar al permiso del trabajador. Se trata del supuesto de intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario que dará derecho al trabajador a un permiso de dos días retribuidos que se ampliará a cuatro días cuando necesite hacer un desplazamiento al efecto. Este supuesto venía planteando problemas prácticos derivados fundamentalmente de la interpretación que debe darse al término «hospitalización». El art. 37.3 b) ET reconoce a los trabajadores, desde la entrada en vigor de la LCVFL, el derecho a un permiso retribuido de dos días en los supuestos de hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. La doctrina judicial ha venido entendiendo que la hospitalización exige la permanencia como paciente ingresado durante más de veinticuatro horas, de manera que la mera entrada en el hospital o clínica para una cirugía ambulatoria no daba derecho a ningún tipo de permiso. Esta postura ha admitido sin embargo alguna excepción y, así, por ejemplo, se ha considerado procedente el permiso si la hospitalización dura menos de un día pero está motivada por operación quirúrgica para dolencia o peligro de entidad. Es decir, «si la operación quirúrgica, sin hospitalización, es liviana o de escasa gravedad» no se concederá el permiso, de manera que la gravedad deberá ser objeto de valoración en cada caso²⁷. Para poner fin a la situación de inseguridad y arbitrariedad que genera el he-

cho de que se conceda o no el permiso en los supuestos de intervención quirúrgica ambulatoria dependiendo de la gravedad de la intervención, se incorpora expresamente este nuevo permiso.

Por lo que se refiere a la normativa funcionarial, la LOI introduce nuevos permisos para los funcionarios no previstos en el régimen laboral común, por lo que aumentan las diferencias en esta materia entre el empleo público y el empleo privado. En general, podemos afirmar que la regulación funcionarial en materia de permisos suele ser más beneficiosa y en determinados supuestos se concede un mayor número de días de permiso. Así, por ejemplo en la función pública el número de días de permiso concedidos para los supuestos de fallecimiento, accidente o enfermedad grave se incrementa en un día frente al régimen laboral común cuando dichos acontecimientos afectan a un familiar en primer grado. En ese caso el número de días de permiso es de tres y de cinco si exige el desplazamiento del funcionario.

Sin embargo, tras la LOI la diferencia entre el régimen funcionarial y laboral se centra más que en el número de días de permiso concedidos, en las causas o supuestos que dan origen a dichos permisos. En este sentido, llama la atención que en la función pública no se reconozca el permiso por hospitalización y el nuevo permiso, que acabamos de señalar, concedido a los trabajadores por cuenta ajena relativo a la intervención quirúrgica sin hospitalización. En su lugar, la LOI introduce dos nuevos permisos para los funcionarios públicos que no cuentan con ninguna referencia en el ET:

– en primer lugar, según establece la nueva letra g) bis del art. 30.1 de la Ley 30/1984, el funcionario que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo

²⁷ STSJ Madrid 14 de marzo de 2006 (AS 2006/701).

de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes; y,

- en segundo lugar, en los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas (art. 30.3 Ley 30/1984 modificado por la LOI y derogado días después por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que reconoce dicho permiso en iguales términos en su art. 49). Se trata de un permiso independiente de la posibilidad que tienen los trabajadores, funcionarios o no, en los supuestos de adopción internacional, de disfrutar del período de dieciséis semanas de suspensión del contrato por adopción o acogimiento hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción. El funcionario durante ese permiso de dos meses percibirá únicamente sus retribuciones básicas constituidas por el sueldo, trienios y pagas extraordinarias, pero no sus retribuciones complementarias (complemento de destino, complemento específico, complemento de productividad).

Junto a estos dos nuevos permisos, los funcionarios tendrán derecho a dos horas de ausencia al día con derecho a retribución, frente a la hora que tenían antes de la entrada en vigor de la LOI en consonancia con los trabajadores por cuenta ajena, en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto [art. 30.1 f) Ley 30/1984].

6. REDUCCIÓN DE JORNADA

Con la finalidad de conciliar la vida familiar y laboral y tutelar al niño durante

los primeros años de vida o a los familiares que lo necesiten, los trabajadores tendrán derecho a una reducción de su jornada, con la disminución proporcional de su salario, para el cuidado de menores o minusválidos o de familiares impedidos. Esta figura, regulada en el art. 37.5 ET, incluye dos supuestos: el cuidado directo de un menor o un minusválido físico, psíquico o sensorial y el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La LOI ha introducido dos modificaciones en la regulación legal de este derecho. En primer lugar, en consonancia con lo dispuesto en la cláusula 2 apartado 1 de la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, sobre el permiso parental, ha ampliado de seis a ocho años la edad del menor. En segundo lugar, y por lo que se refiere al período de reducción, se rebaja el umbral mínimo de reducción que pasa de un tercio de la jornada a un octavo de la misma, lo que favorece reducciones de jornada con disminuciones salariales menores. Se flexibiliza, por tanto, la regulación legal dando un mayor margen de organización a los trabajadores en función de sus necesidades familiares.

Sin embargo, la normativa funcional sigue siendo en esta materia más flexible y, en este sentido, la LOI amplía la edad del menor que puede dar derecho a la reducción de jornada hasta 12 años [art. 30.1 g) Ley 30/1984, redactado por la LOI].

Los supuestos señalados de reducción de jornada han planteado en los Tribunales numerosos conflictos desde el punto de vista de sus efectos en materia de Seguridad Social. La legislación de Seguridad Social no precisaba, hasta la entrada en vigor de la LOI, la repercusión o efectos que la situación de reducción de jornada

por guarda legal o cuidado de familiares tenía en relación con las prestaciones de Seguridad Social, en concreto, con la cuantía de las bases de cotización que deben ser tenidas en cuenta al objeto de calcular la base reguladora de las correspondientes prestaciones. Los trabajadores vienen reclamando que la prestación les sea abonada conforme a las bases teóricas de cotización correspondientes a su jornada a tiempo completo no realizada por razones de guarda legal, en lugar de tomar las bases de cotización correspondientes a la reducción de jornada. En definitiva, se trata de que estas situaciones no causen ningún perjuicio a los trabajadores en materia de Seguridad Social.

La polémica se ha planteado con especial interés en materia de desempleo, donde los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido posturas judiciales diferentes que se zanjaron por el Tribunal Supremo en sus sentencias, en casación para unificación de doctrina, de 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7782) y 4 de noviembre de 2004 (RJ 2005/1055). Para el Tribunal Supremo la conveniencia de conseguir una protección más completa de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar corresponde al legislador y no a los órganos judiciales. Las medidas excepcionales de protección «desplazan una carga social del empresario a las Instituciones públicas, tanto en el caso de la bonificación de cotizaciones como en el de reputar efectivas las que no se han producido. El propósito es que la cobertura dada a descensos y excedencias no incremente los costes de la empresa ejerciendo una presión disuasoria en la contratación femenina. Sin embargo, la excepcionalidad que ello supone, requiere que toda carga adicional recaída sobre fondos públicos, en virtud de una política específica, deba estar expresamente contemplada» por la norma, y eso es precisamente lo que ha hecho la LOI.

La reforma por la LOI de los arts. 180.3 y 211.5 de la LGSS ha puesto fin a esta situación conflictiva al introducir una nueva prestación familiar en su modalidad contributiva por cuidado de un menor o de un familiar. Tras la entrada en vigor de la LOI, se trata de que la reducción de jornada afecte lo menos posible a los derechos en materia de Seguridad Social y con esta finalidad, se considera como cotizado parte del tiempo que el trabajador permanece disfrutando del derecho a la reducción de jornada. En efecto, el legislador ha establecido soluciones diferentes para el cálculo de la prestación por desempleo y para el cálculo del resto de prestaciones que se concretan del siguiente modo:

- a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción de la jornada. Este incremento vendrá referido exclusivamente al primer año en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial o por cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo (art. 180.3 LGSS);

- a efecto de la prestación por desempleo, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial, en los supuestos, no sólo de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares, sino también en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización del hijo a continuación del parto o por ser la traba-

jadora víctima de violencia de género²⁸ (art. 211.5 LGSS).

Es cierto que si lo que se pretende con las distintas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral es que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un paso importante en el camino hacia la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las medidas que se adopten no pueden afectar negativamente a las condiciones de trabajo ni a la protección del trabajador frente a situaciones de necesidad. En este sentido, la solución aportada al problema de la reducción de jornada desde el punto de vista de las prestaciones de Seguridad Social ha tratado de combinar la protección a la infancia, a la familia y a las situaciones de discapacidad de sus miembros con la diferente duración de esas situaciones, pues no es lo mismo permanecer en situación de reducción de jornada durante un elevado número de años que hacerlo durante algunos meses o durante uno o dos años. Cuando el período de cotización reducida ha sido muy amplio, se justifica el hecho de que, a partir de un determinado momento, el cálculo de la prestación se realice sobre las cotizaciones realmente ingresadas.

Ahora bien, debemos preguntarnos el por qué en materia de desempleo, independientemente del tiempo que el trabajador lleve reducida su jornada, sus cotizaciones se van a ver incrementadas hasta el 100 por 100, y en el resto de prestaciones dicho incremento sólo tendrá lugar durante los dos primeros años de reducción en los supuestos de guarda legal o durante el primer año en los su-

puestos de cuidados de familiares o discapacitados. A nuestro juicio, la única razón que puede haber llevado al legislador a establecer este diferente tratamiento es el hecho de que la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social, contempla la posibilidad de que los trabajadores que tienen reducida su jornada por cuidado de menores o familiares suscriban un convenio especial con la Seguridad Social para completar las cotizaciones a efectos del cobro de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Sin embargo, esta opción no se prevé en los supuestos de desempleo.

Asimismo, y por lo que se refiere al tiempo de reducción de jornada que se incrementará hasta el 100 por 100 de las cotizaciones, no hay una razón clara y objetiva que justifique el diferente tratamiento previsto para los supuestos de cuidado de un menor o de un discapacitado o un familiar. Además, la duración del período de reducción de jornada, en general, va a ser más largo e indeterminado en los supuestos de cuidado directo de un familiar por razones de edad o de enfermedad o discapacidad, por lo que debería haberse previsto al menos el mismo período que en los supuestos de guarda legal.

La misma finalidad de protección a la familia y a la infancia ha llevado también a la LOI, siguiendo lo dispuesto desde hace años por el Tribunal Supremo²⁹, a introducir una nueva disposición adicional decimoctava en el ET en la que se afirma que en los supuestos de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de discapacitados o familiares, así como en los supuestos de reducción de jornada por hospitalización del hijo tras el parto o por ser la trabajadora víctima de violencia de género, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el ET, será el que hu-

²⁸ Recuérdese que ya el voto particular de los Consejeros de CCOO y UGT al Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral, señalaba que «a efectos de la base reguladora para el desempleo debería tenerse en cuenta el salario a jornada completa, así como la circunstancia de que se pierde un trabajo a jornada completa, de modo que la determinación de las prestaciones no se vea reducida por la simple circunstancia de haberse acogido a una reducción de jornada».

²⁹ SSTs 20 de julio de 2000 (RJ 2000/7209); 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2025).

biera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. Como ha señalado el Tribunal Supremo³⁰, en las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 ET, «ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia», «finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa». Para evitar esas posibles dudas interpretativas, y teniendo siempre en cuenta el deber de protección a la familia y a la infancia, el ET pasa a recoger expresamente lo que venía siendo un claro criterio jurisprudencial para evitar que las reducciones de jornada no causen más perjuicio al trabajador que la simple disminución proporcional de su salario.

7. DERECHO A ADAPTAR LA DURACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

La ordenación del tiempo de trabajo constituye un factor esencial para conciliar la vida familiar y laboral. La adopción de medidas de flexibilidad en la jornada de trabajo dentro de las empresas es uno de los instrumentos que «resultan más útiles para que los trabajadores puedan compaginar su actividad laboral con las responsabilidades familiares más comunes (por ejemplo, para acompañar a sus hijos a la entrada y salida de la guardería o del colegio)»³¹. Con esa intención el art. 34.8 ET, introducido por la LOI, reconoce a los trabajadores el derecho a «adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su de-

recho 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».

La intención del precepto es clara: que el tiempo a trabajar y su distribución pueda adaptarse a las conveniencias familiares del trabajador. La tipología de los pactos a los que se puede llegar será, por tanto, muy variada. Así, por ejemplo, podrá acordarse una reducción de la jornada de trabajo, distribuirse el tiempo de trabajo de modo distinto según los días de la semana o las épocas del año (piénsese en los problemas que tienen normalmente los padres en los períodos de vacaciones escolares), pactar un horario flexible que permita al trabajador adaptar parcialmente el inicio o final de su trabajo, etc. En definitiva, las posibilidades que se ofrecen a la negociación colectiva o al acuerdo entre empresario y trabajador son amplísimas teniendo en cuenta la multitud de opciones que existen a la hora de fijar la duración y la distribución de la jornada de trabajo. Ahora bien, lógicamente el derecho del trabajador estará condicionado a las características de la actividad productiva realizada en la empresa y si bien esta circunstancia será, obviamente, tenida en cuenta en la negociación colectiva, puede plantear problemas cuando el convenio no diga nada al respecto y el trabajador pretenda hacer valer su derecho a la adaptabilidad de la jornada por acuerdo con el empresario.

En efecto, el precepto deja en manos de la negociación colectiva la regulación de los términos o condiciones en los que los trabajadores podrán adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, pero nada impide que dicha regulación se mejore por acuerdo con el empresario o que a falta de regulación en el convenio colectivo trabajador y empresario acuerden la duración y distribución que estimen conveniente. Y es aquí donde se plantea el problema. En efecto, el trabajador no

³⁰ Ver sentencias citadas en la nota anterior.

³¹ A.R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, pág. 46.

puede actuar por su propia cuenta, sino que debe llegar a un acuerdo con el empresario. El titular del derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo es el trabajador, pero la elección de la duración y distribución de la jornada no le corresponde a él en exclusiva sino que es necesario el acuerdo previo con el empresario; y, ¿qué sucede si no se llega a un acuerdo porque la duración o distribución solicitada colisiona con los intereses empresariales?. La norma no dice nada al respecto, pues, al igual que sucede en los supuestos de reducción de jornada regulados en el art. 37 ET, no contiene ninguna precisión sobre la forma de distribución de la jornada o de su duración, ni tampoco sobre qué criterio debe prevalecer en el supuesto de conflicto, si las necesidades del trabajador o las necesidades organizativas de la empresa. A nuestro juicio, siguiendo lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, los tribunales a la hora de resolver el conflicto deberán tener en cuenta la dimensión constitucional de este derecho, 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), y partiendo de dichos derechos ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de hacer compatibles los diferentes intereses en juego, debiendo acreditar el trabajador y la empresa sus respectivas razones.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para resolver las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la nueva disposición adicional decimoséptima del ET, introducida por la LOI, las discrepancias que surjan en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral «reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento La-

borab»³². Por lo tanto, al encontrarnos en este supuesto ante un claro derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, deberá seguirse la vía de este proceso especial urgente y de tramitación preferente. En consecuencia, el trabajador dispondrá de un plazo de veinte días, a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la duración y distribución de la jornada de trabajo solicitada, para presentar la demanda ante el Juzgado de lo Social, y el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días.

8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

El principal efecto que la maternidad produce sobre el contrato de trabajo es la suspensión del mismo por parto, adopción o acogimiento, tal y como establece el art. 48.4 ET. Durante ese período de suspensión los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos por la Ley recibirán un subsidio a cargo de la Seguridad Social, de tal manera que existe una íntima relación entre la protección laboral de la maternidad y la protección de Seguridad Social. En consecuencia, es necesario siempre poner en relación las reglas de Seguridad Social sobre maternidad con las normas laborales sobre la misma.

Según establece el art. 48.4 ET, la suspensión del contrato por maternidad tiene una duración de dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Salvo el descanso correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que es obligatorio para la madre, el resto de semanas de suspensión pue-

³² Ver Capítulo VIII sobre «Tutela Jurisdiccional de la igualdad y no discriminación por razón de sexo».

den ser disfrutadas tanto por la madre como por el padre en los términos fijados por el mencionado art. 48.4 ET. Esta regulación pone de manifiesto que «se atiende al interés de la madre (recuperación) y del nacido (adecuadas atenciones); pero también, y en la medida en que es compatible con el primero, se tiene en cuenta el interés del padre (cooperación en los deberes derivados de la paternidad)»³³. La suspensión del contrato de trabajo durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto constituye una medida de protección de la maternidad biológica, pero el resto de semanas de suspensión, al poder disfrutarse por la madre o el padre, constituyen una clara medida de conciliación de la vida familiar y laboral que intenta corresponsabilizar al padre en el cuidado de los hijos.

La LOI ha introducido diversas reformas en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como en la protección económica a cargo de la Seguridad Social correspondiente a dicho período de suspensión. Todas estas reformas tienen una doble finalidad:

- la primera, establecer un régimen protector más igualitario en esta materia que tenga siempre presente la protección del menor y la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos; y,

- la segunda, mejorar la estructura de las prestaciones por maternidad intentando facilitar el acceso a la protección, prestando atención a situaciones que exigen un tratamiento diferenciado y tratando de evitar cualquier tipo de perjuicio en la carrera de seguro del beneficiario de la prestación.

Las distintas reformas introducidas por la LOI en este ámbito se pueden clasificar en siete grandes apartados en función de la finalidad perseguida en cada caso. Debe te-

³³ A. MONTOYA MELGAR (Director): *Curso de Seguridad Social*, Ed. Thomson Civitas, 3ª edición, Madrid, 2005, pág. 604.

nerse en cuenta que todas ellas serán de aplicación a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor³⁴.

8.1. Medidas encaminadas a aumentar la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos

8.1.1. Opción de descanso a favor del padre y riesgo para la salud de la madre en el momento de la incorporación

Como es sabido, tras la entrada en vigor de la LCVFL, en el caso de que el padre y la madre trabajen, el padre, a opción de la madre, podrá disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, pero siempre respetando las seis semanas posteriores al parto que son de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, si en el momento de hacerse efectiva esta opción la incorporación al trabajo de la madre supone un riesgo para la salud, la opción decae, y la madre continuará disfrutando del período de suspensión que reste. Con buen criterio, y en la búsqueda de una mayor corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos, esta circunstancia ha sido modificada por la LOI, de manera que el padre o el otro progenitor podrán seguir haciendo uso del período de suspensión inicialmente cedido, «aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal» (art. 48.4 ET).

De este modo, la madre pasará a cobrar el subsidio por incapacidad temporal y el otro progenitor a disfrutar de las semanas de suspensión inicialmente previstas con cobro del subsidio por maternidad correspondiente. La medida supone, por tanto, un mayor coste económico para la Seguridad Social, pero con ella se reconoce y potencia el papel del padre en el cuidado de los hijos.

³⁴ Disposición transitoria séptima LOI.

8.1.2. Titularidad del derecho

Junto a esta modificación, la nueva redacción del art. 48.4 ET pone fin, en parte, a una situación conflictiva y criticada por la doctrina derivada del hecho de que sea exclusivamente la madre trabajadora la titular del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en los casos de maternidad biológica. En efecto, al reconocerse que la titular del derecho al descanso es la madre, el Tribunal Supremo ha entendido que si la madre no es trabajadora por cuenta ajena encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social, no puede hacer cesión al padre de un derecho del que carece. Para que el padre pueda disfrutar de las semanas de suspensión es imprescindible que ambos presten servicios con vinculación laboral y que estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social³⁵.

Un sector de la doctrina se ha mostrado claramente contrario a esta interpretación y a la asignación de la titularidad del derecho a la suspensión del contrato por maternidad exclusivamente a la madre. Así se ha afirmado que el mayor reproche que cabe formular a la reforma llevada a cabo por la LCVFL en esta materia es que «el permiso por maternidad no se configura como un derecho individual y autónomo del padre, sino derivado y accesorio del de la madre, que continúa siendo la única y exclusiva titular del derecho, de modo que si ésta no trabaja o la misma no tiene derecho a la prestación por maternidad, o no accede a que el padre disfrute de parte del período de descanso, éste no tendrá derecho a permiso alguno»³⁶. La reforma del art. 48.4 ET por la LOI, haciéndose eco en parte de estas críticas, sigue

reconociendo como titular del derecho a la suspensión del contrato por maternidad a la madre trabajadora, pero en el caso de que ésta no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el padre o el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre. Es decir, al no tener la trabajadora derecho al subsidio por maternidad por cotizar a un régimen que no tiene reconocido este derecho, el otro progenitor podrá disfrutar de las 16 semanas de descanso independientemente de si él tiene derecho o no al cobro del subsidio por maternidad por el tipo de actividad que viene desempeñando. En consecuencia, habrá que entender que la titularidad del derecho al descanso por maternidad es de la madre cuando ésta es trabajadora, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, y por el tipo de actividad profesional que realiza tiene derecho al cobro del subsidio por maternidad, independientemente de si reúne o no los requisitos para el cobro del mismo. En cambio, cuando siendo trabajadora no reúne ese requisito la titularidad del derecho es del padre.

Dado que conforme a lo dispuesto en la disposición adicional undécima bis de la LGSS los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema tendrán derecho a la prestación por maternidad, cuando la trabajadora se encuentre cotizando a alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, bien como trabajadora por cuenta ajena bien como trabajadora por cuenta propia, ella es la titular del derecho y podrá ceder al padre parte del período de suspensión del contrato de trabajo. Sólo en el supuesto de que por el tipo de actividad profesional la trabajadora cotice a un régimen de cotización social que no prevé el derecho al cobro del subsidio por maternidad, el padre se convierte en titular del derecho y podrá disfrutar de la totalidad del período de suspensión. Este sería el

³⁵ SSTs 28 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1882); 20 de noviembre de 2001 (RJ 2002/360); 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/6236). En el mismo sentido, entre otras muchas, STSJ Cataluña 16 de mayo de 2006 (AS 2006/2930); STSJ Asturias 5 de diciembre de 2003 (AS 2004/871).

³⁶ F. CAVAS MARTÍNEZ: «Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador...», *op. cit.*, pág. 108. Sobre este tema, ver, L. GIL SUÁREZ: «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas tra-

bajadoras. Puntos críticos», en *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, dir. E. BORRAJO DACRUZ, La Ley, Madrid, 2004, págs. 570 a 573.

caso, por ejemplo, de aquellas trabajadoras, profesionales liberales, que cotizan a mutualidades de previsión social profesional en las que no se reconoce el derecho al subsidio por maternidad.

8.1.3. *Fallecimiento de la madre*

Como es sabido, el padre podrá hacer uso del período de suspensión del contrato por maternidad no sólo en los supuestos en los que la madre trabajadora decida cederle parte de dicho período, sino también en el supuesto de que ésta fallezca. Al concederse el derecho de suspensión del contrato a la madre trabajadora, se planteó la duda de si en caso de fallecimiento de la madre, cuando ésta no fuera trabajadora, el padre podría hacer uso del derecho a la suspensión. La cuestión fue resuelta por una Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social sobre acceso a la prestación de maternidad, de fecha 21 de abril de 2004, según la cual «en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en el momento posterior, con independencia de que aquélla se encuentre o no incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, el padre podrá acceder a la prestación económica por maternidad, prevista en los artículos 133 bis y siguientes de la LGSS, durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que reste, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acredite, por sí mismo, los requisitos conforme a la normativa vigente». La modificación del art. 48.4 ET pasa a recoger expresamente este criterio, de manera que el padre (o el otro progenitor) tendrá derecho a todo el período de suspensión del contrato de trabajo que restara por disfrutar a la madre incluyendo las semanas que ésta hubiera podido disfrutar antes del parto.

8.2. **Medidas encaminadas a aumentar la protección del recién nacido, del menor y de los hijos con discapacidad**

8.2.1. *Hijos prematuros*

Una de las novedades introducidas por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Ur-

gentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, fue la atención especial que por primera vez pasaron a recibir los hijos prematuros o que, por cualquier causa, requieran hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna del neonato mientras permanezca ingresado. Así, se introdujo un nuevo permiso en el art. 37.4 bis ET por el que se reconoce a la madre o el padre el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora mientras dure dicha situación, y a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario³⁷. Asimismo, en estos supuestos, con la excepción de las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, el período de suspensión del contrato podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria.

La LOI vuelve de nuevo a prestar atención a esta situación y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo quinto del art. 48.4 ET, «en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle». El período de suspensión del contrato se amplía, por tanto, en el mismo número de días que el neonato haya estado hospitalizado, siempre que el período de hospitalización sea superior a siete días, y con un máximo de trece semanas. Una interpretación literal del precepto, lleva a la conclusión de

³⁷ En la función pública, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas percibiendo las retribuciones íntegras [art. 30.1 f) bis Ley 30/1984, de medidas para la Reforma de la Función Pública, modificado por la LOI].

que esta ampliación del período de suspensión no tendrá lugar en el supuesto de que el neonato sea dado de alta tras el parto, y posteriormente deba ser ingresado, pues la norma exige hospitalización a continuación del parto. Sin embargo, esta interpretación ha sido mejorada por la disposición adicional tercera del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En efecto, según establece el párrafo segundo de dicha disposición, «a efectos de la ampliación del período de descanso por maternidad que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponda en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto». En consecuencia, no sólo se procederá a ampliar el período de suspensión del contrato de trabajo cuando el neonato debe permanecer hospitalizado inmediatamente después del parto, sino también cuando habiendo sido dado de alta tras el parto debe ser hospitalizado en el período de los treinta días naturales siguientes a su nacimiento.

Llama la atención el hecho de que el legislador utilice una terminología diferente para referirse a los supuestos en los que procede una ampliación del número de días de suspensión del contrato de trabajo, que para los supuestos de permiso y de disfrute del período de suspensión tras el alta hospitalaria del recién nacido. En efecto, en estos dos últimos supuestos el art. 37.4 bis ET y el art. 48.4 ET hacen referencia a los casos de «parto prematuro» o aquéllos en que, «por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto», mientras que en los supuestos de ampliación del período de suspensión el art. 48.4 ET habla de «partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise,

por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto». La razón de ser, a nuestro juicio, de esta diferencia radica en la interpretación que puede darse a la expresión «cualquier otra causa» utilizada por el art. 37.4 bis ET y art. 48.4 ET. En efecto, la literalidad de esta expresión permite defender la posibilidad de que la regla se aplique en aquellos supuestos en los que el recién nacido quede hospitalizado como consecuencia de los problemas que han surgido en la madre a continuación del parto³⁸. Es decir, la madre es la que debe permanecer hospitalizada, y por ello queda también hospitalizado el hijo. En estos supuestos, sin embargo, no surgirá el derecho a ampliar el período de suspensión del contrato de trabajo, pues este derecho sólo surge, tal y como pretende puntualizar el nuevo párrafo del art. 48.4 ET, cuando el neonato debe permanecer hospitalizado por falta de peso o por cualquier otra condición clínica que le afecta a él y no a la madre. Lo decisivo en este supuesto es, por tanto, la causa por la que el recién nacido permanece hospitalizado, y no la simple hospitalización.

En la normativa funcional no se ha introducido esta precisión y son varias las diferencias con respecto a la regulación de este derecho en el ET. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el art. 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (que recoge las modificaciones introducidas por la LOI en el derogado, días después de su modificación, art. 30.3 Ley 30/1984, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública), sólo prevé la posibilidad de que se amplíe el período de suspensión en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, pero desaparece la posibilidad de disfrutar del período

³⁸ En este sentido, ver, A.V. SEMPERE NAVARRO: «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, directora C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 175.

de suspensión del contrato de trabajo tras el alta hospitalaria del recién nacido. En segundo lugar, el período de suspensión se ampliará «en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto», permitiéndose, por tanto, la posibilidad de ampliación aun cuando el motivo de la hospitalización del recién nacido sea ajeno a él mismo. Y, en tercer lugar, la ampliación del período de suspensión del contrato de trabajo tendrá lugar siempre, independientemente del número de días que el neonato permanezca hospitalizado, con un máximo de trece semanas.

8.2.2. *Acogimiento familiar preadoptivo, permanente o simple provisionales*

Junto a la maternidad biológica y a la adopción, el ET reconoce el derecho de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de acogimiento familiar. El acogimiento familiar, regulado en los arts. 173 y 173 bis del Código Civil, es una fórmula de protección de los menores que produce «la plena participación del menor en la vida de la familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad:

- Acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste sin su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.

- Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que

faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

- Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción. La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

El art. 45.1 d) ET, modificado por la LOI, incluye como causa de suspensión del contrato de trabajo 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 su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Se recogen, por tanto, como causa de suspensión del contrato las tres modalidades de acogimiento que, como hemos señalado, regula el Código Civil, ampliando, de este modo, la protección frente a la situación anterior que no reconocía el derecho a la suspensión en los supuestos de acogimiento simple. La misma regulación se establece en la normativa funcional, pero se mejora la regulación del ET al reconocerse el derecho a la

suspensión del contrato en los supuestos de acogimiento señalados independientemente de la edad que tenga el menor³⁹.

Los supuestos tanto de acogimiento preadoptivo como permanente o simple exigen una previa decisión administrativa que posteriormente debe ser aprobada por el Juez. Si la decisión administrativa de acogimiento no cuenta con el asentimiento expreso de los padres o tutor, o aún no ha sido aprobada la situación por el Juez competente, no genera sino una situación de provisionalidad expresamente contemplada en el art. 173.3 del Código Civil. Estaríamos en estos casos ante una decisión administrativa que ostenta la condición legal de mera propuesta, que puede ser o no aceptada por el órgano judicial, lo que determina una situación transitoria. Esta situación transitoria o provisional hasta que el acogimiento preadoptivo, permanente o simple es definitivamente acordado por el juez, no daba derecho a la suspensión del contrato de trabajo⁴⁰. Sin embargo, la reforma del art. 48.4 ET por la LOI modifica esta regulación e incluye expresamente el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, aunque sean provisionales porque aún no han sido aprobados por el juez, entre los supuestos que dan derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas⁴¹. En estos casos el período de suspensión, a elección del trabajador, producirá sus efectos bien a partir de la decisión administrativa que reconoce el acogimiento preadoptivo, permanente o simple con carácter provisional a la espera de la decisión del juez, o bien a partir de que esa decisión judicial se dicta.

³⁹ Art. 30.3 Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

⁴⁰ Ver, STSJ Castilla y León 30 de enero de 2001 (AS 2001/1218); STSJ Castilla-La Mancha 26 de junio de 2003 (AS 2003/563).

⁴¹ Ya alguna sentencia había admitido esta posibilidad sobre la base de que debe protegerse el interés del menor. Ver, STSJ Murcia 14 de noviembre de 2000 (AS 2000/3710).

La inclusión de este supuesto como causa de suspensión en el art. 48.4 ET tiene, lógicamente, su reflejo en la normativa de Seguridad Social, de manera que el art. 133 LGSS ha sido modificado por la LOI para incluir expresamente los supuestos de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que éste último tenga una duración superior a un año, aunque sean provisionales, entre las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad.

Por último, en relación con el acogimiento, para que no haya lugar a dudas, el art. 48.4 ET específica que el mismo menor no puede dar derecho a varios períodos de suspensión, es decir, no cabe disfrutar de sucesivos permisos, primero por acogimiento y luego por adopción.

Como fácilmente puede comprobarse, la LOI pretende aumentar las situaciones protegidas en línea con lo que ya vienen haciendo algunos Tribunales. Sin embargo, no se extiende la protección a los supuestos de tutela, aunque algunas sentencias han reconocido el derecho al descanso por maternidad en esta situación. En este sentido, podemos citar una sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 17 de enero de 2006, que concede la prestación por maternidad a una trabajadora que ha sido nombrada tutora de sus dos sobrinas tras el fallecimiento en accidente de sus padres. La sentencia considera que la tutela impone obligaciones y responde a fines similares a los del acogimiento, de ahí que aplique la norma analógicamente.

8.2.3. Hijos con discapacidad

Como ha señalado la doctrina, «la estructura jurídico-protectora de la maternidad ha sido siempre única, proporcionando un tratamiento igualitario cualquiera que fuera la situación singular de los padres y/o de los hijos»⁴². Las singularidades de los padres o de

⁴² J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2006, pág. 149.

los hijos no han tenido en nuestro ordenamiento jurídico, en materia de protección de la maternidad, ninguna relevancia jurídica y la LOI ha puesto fin a esta situación. Aunque los supuestos diferenciales pueden ser muchos –piénsese, por ejemplo, en las familias monoparentales o en los padres con discapacidad–, la LOI únicamente se detiene en uno de ellos: el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo con discapacidad. Hasta la entrada en vigor de esta norma no existía ningún trato diferencial en relación con el número de semanas de suspensión del contrato de trabajo cuando el hijo nacido, adoptado o acogido estaba afectado de algún grado de discapacidad, a pesar de las especiales dificultades que plantean estos supuestos. Tras su entrada en vigor, en el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido la suspensión del contrato de trabajo tendrá una duración adicional de dos semanas (art. 48.4 ET).

La redacción del precepto plantea la cuestión de si estas dos semanas más se configuran como un derecho independiente del derecho a la suspensión del contrato de trabajo de la madre trabajadora. A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa y prueba de ello es que se da la opción a los interesados, en caso de que ambos progenitores trabajen, a disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida. No es, por tanto, la madre la que decide como se van a distribuir esas dos semanas, lo que implica que los titulares de este derecho son ambos progenitores. En consecuencia, la forma de disfrute de estas dos semanas es independiente de la decisión que se haya tomado acerca del modo de reparto de las dieciséis semanas de descanso por maternidad, y si la madre no trabaja, el otro progenitor tendrá derecho a dos semanas de suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido.

La norma no especifica qué grado de discapacidad debe tener el hijo nacido para dar lu-

gar a este aumento del número de semanas de suspensión. Esta laguna ha sido cubierta por la disposición adicional tercera del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En efecto, según el párrafo primero de dicha disposición «para la ampliación del período de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo o menor acogido, se aplicará la escala de valoración específica para menores de 3 años, considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea al menos del grado I moderado». El Anexo II del citado Real Decreto establece la escala de valoración específica de dependencia para personas menores de tres años y establece tres grados de dependencia, moderada, severa y gran dependencia que se corresponde con la puntuación final de 1 a 3 puntos obtenida en su aplicación. La calificación del hijo nacido en un grado de dependencia moderada dará derecho a dos semanas adicionales de suspensión del contrato de trabajo.

8.3. Medidas dirigidas a aumentar el número de beneficiarios del subsidio por maternidad

La condición de beneficiario del subsidio por maternidad no se adquiere sólo por disfrutar del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, sino que, además, tanto la madre, como, en su caso, el padre, deberán reunir individualmente los requisitos generales exigidos en el art. 124 LGSS y en particular el exigido para esta prestación por el art. 133 ter LGSS, relativo a la acreditación de un período previo de cotización. La LOI con el fin de flexibilizar los requisitos de acceso a la prestación por maternidad y propiciar una mayor extensión subjetiva de la protección ha introducido varias modificaciones en relación con el período mínimo de cotización exigido.

Se mantiene, como regla general, el número de días de cotización previa exigidos, 180 días, pero se amplía el tiempo de referencia para su cómputo. Así, a opción del trabajador, deberán acreditarse 180 días de cotización dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso (frente a los 5 años anteriores). Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días a lo largo de su vida laboral, con anterioridad al momento de inicio del descanso. No se introduce, por tanto, la teoría del paréntesis en el tiempo de referencia, y se opta por compensar esta teoría con este período de cotización alternativo de 365 días a lo largo de la vida laboral. La extensión del período de referencia constituye, sin duda, un elemento de flexibilización importante, «en aras a propiciar una mayor extensión subjetiva de la protección. Dicho en otros términos, la flexibilización de los componentes de cobertura, reducen su tradicional efecto expulsión, sin romper con la estructura contributiva»⁴³.

Con buen criterio, los requisitos exigidos a los beneficiarios deberán acreditarse en el momento de inicio de la protección, y no como señalaba anteriormente el art. 133 ter LGSS, en el momento del parto, o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Se trataba de una previsión reclamada por la doctrina, y que sólo se había admitido en los supuestos de adopción internacional con desplazamiento previo de los padres (art. 14 RD 1251/2001). El reconducir la fijación del hecho causante al momento del parto, o de la decisión administrativa o judicial o de la resolución judicial, carecía de justificación «en la medida en que los períodos de descanso pueden disfrutarse con anterioridad»⁴⁴.

⁴³ J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, op. cit., pág. 136.

⁴⁴ J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, op. cit., pág. 130.

Además de ampliar el período de referencia para el cómputo del período previo de cotización exigido, se establece una carencia reducida, como en los supuestos de incapacidad permanente, para los trabajadores menores de 26 años (art. 133 ter 2 LGSS). El establecimiento de un período previo de cotización reducido que facilita a los jóvenes el acceso a la protección es una medida positiva, que tiene en cuenta que, en la actualidad, la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo se ha retrasado notablemente tanto por el mayor tiempo dedicado a la formación como por la precariedad en los contratos.

El período mínimo de cotización exigido a los menores de 26 años será el siguiente:

- si el trabajador tiene menos de 21 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización;

- si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a esta última fecha.

Son muchas las medidas que podrían haberse introducido para facilitar los requisitos de acceso a la prestación como, por ejemplo, ampliar las situaciones asimiladas al alta, incorporar la maternidad como situación de alta de pleno derecho para aquellos supuestos en los que el empresario no haya dado de alta y cotizado por sus trabajadores o tener en cuenta las peculiaridades en la cotización de los

trabajadores a tiempo parcial. Sin embargo, la reforma de la LOI en esta materia se ha centrado únicamente en ampliar el período de referencia para el cómputo de las cotizaciones previas exigidas y en reducir el período de carencia para los trabajadores menores de 26 años. Estas medidas, aunque podrían haber sido completadas con algunas de las señaladas, van a suponer una clara apertura y extensión de la protección por maternidad sin eliminar su carácter contributivo.

8.4. Medidas dirigidas a promocionar la natalidad: períodos de cotización asimilados por parto

Con la finalidad de incentivar la natalidad y que la maternidad no suponga un perjuicio en la carrera de seguro de la madre, la nueva disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS, introducida en dicho texto legal por la LOI, computa como cotizados, a efectos de las prestaciones contributivas de jubilación e incapacidad permanente de cualquier Régimen de la Seguridad Social, un número determinado de días a favor de aquellas mujeres que en el momento del parto no fueran trabajadoras. En este supuesto sólo se protege la maternidad biológica y no la adopción, lo que es una prueba de que nos encontramos ante una medida que, indirectamente, tiene por objeto fomentar la natalidad.

Son muchas las mujeres que en el momento de ser madres deciden abandonar por un tiempo su vida laboral para dedicarse al cuidado de sus hijos, pues las dificultades que en la práctica existen para conciliar la vida familiar y laboral siguen siendo muy elevadas a pesar de los avances que en los últimos años se están produciendo en esta materia. Para paliar, aunque sea mínimamente, los perjuicios que esta situación va a provocar en la carrera de seguro de las madres una vez que se incorporen de nuevo al mundo laboral, el legislador ha decidido computar a favor de las trabajadoras solicitantes de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, un total de 112 días

completos de cotización por cada parto de un solo hijo (el equivalente a las dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo) y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadoras o funcionarias en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas, o si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que correspondiera⁴⁵. El legislador, por tanto, para calcular el tiempo de cotización acreditado por las trabajadoras que soliciten el cobro de una pensión de jubilación o incapacidad permanente, va a computar a favor de aquellas que sean madres biológicas y que en el momento del parto no fueran trabajadoras, independientemente de cualquier otro dato, 112 días de cotización. Este abono de cotizaciones constituye un beneficio concedido a todos los efectos, de manera que servirá tanto para acreditar el período mínimo de cotización como para calcular el porcentaje de la pensión de jubilación.

8.5. Medidas dirigidas a coordinar la maternidad con otras contingencias protegidas

Con la finalidad de que «los intereses jurídicos tutelados por la maternidad no queden anulados o postergados cuando coincidan en el tiempo con otras contingencias»⁴⁶, la LOI ha introducido una serie de modificaciones en la LGSS para coordinar las situaciones de maternidad con las de desempleo. En concreto son dos las modificaciones en esta materia:

- En primer lugar, se añade un nuevo apartado 6 al art. 124 LGSS, en virtud del cual se pretende que la situación de maternidad cause el menor perjuicio posible en to-

⁴⁵ La consideración como tiempo de cotización efectiva del período señalado será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la LOI (Disposición transitoria séptima LOI).

⁴⁶ J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral*, op. cit., pág. 162.

dos los sentidos a sus beneficiarios. En efecto, según ha venido manteniendo la jurisprudencia⁴⁷ la extinción del contrato de trabajo durante la maternidad produce el cese en la obligación de cotizar (STS 18-9-1991, 27-11-1991, 27-11-1992, entre otras), con el consiguiente perjuicio para el beneficiario. Se sigue percibiendo la prestación por maternidad hasta su finalización, sin que quede afectado el tiempo de desempleo que pudiera acreditar, pero con la extinción del contrato cesa la obligación de cotizar produciéndose un perjuicio adicional a la pérdida del empleo. Por ello, el nuevo apartado 6 del art. 124 LGSS lo que pretende es paliar este efecto negativo, de forma que el tiempo de prestación por maternidad una vez extinguido el contrato constituya tiempo cotizado a la Seguridad Social a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Así se evita la laguna de cotización y el efecto negativo que produce sobre otras contingencias que pudieran producirse en el futuro.

– En segundo lugar, se modifica el art. 222.3 párrafo cuarto de la LGSS y se añade un nuevo párrafo quinto a dicho precepto, con la finalidad de ampliar el período de prestación por desempleo cuando estando cobrando la citada prestación el trabajador pase a la situación de maternidad. Como es sabido, si la maternidad se produce durante la percepción de la prestación por desempleo, se pasará a percibir la prestación por maternidad en la cuantía que corresponda. Sin embargo, antes de la reforma de la LOI, el tiempo de descanso por maternidad no ampliaba el período de percepción de la prestación por desempleo. La LOI modifica esta situación de tal manera que según establece el nuevo párrafo quinto del art. 222.3 LGSS, la maternidad suspende la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad So-

cial por la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo pero, una vez extinguida la prestación por maternidad se reanuda la prestación por desempleo por la duración que restaba por percibir y en la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión. Dado que durante el tiempo de percepción de la prestación por maternidad no se cotiza a la Seguridad Social, pues como señala el art. 222.3 LGSS la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo dejará de cotizar al Sistema, el art. 124.6 LGSS, anteriormente citado, señala que dicho período por maternidad, que se inicia durante la percepción de la prestación de desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Se trata, por tanto, de que la situación de maternidad no cause a los trabajadores ningún perjuicio de cara al cobro de futuras prestaciones.

La LOI no ha introducido más modificaciones en la LGSS que tengan por objeto coordinar la maternidad con otras prestaciones, aunque hubiera sido deseable especialmente en relación con el subsidio por incapacidad temporal. Ahora bien, la LOI sí que ha introducido una modificación en el art. 48.4 ET, relativa al fallecimiento del hijo, que, a nuestro juicio, tiene una relación indirecta con el subsidio por incapacidad temporal. En los supuestos de fallecimiento del hijo, de conformidad con el art. 7.2 RD 1251/2001, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado, quedando sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre. La reforma del art. 48.4 ET por la LOI modifica esta situación, de manera que según este precepto en el supuesto de fallecimiento del hijo se seguirán dis-

⁴⁷ STS 28 de noviembre de 1991, RJ 1991/6649.

frutando de las dieciséis semanas de suspensión, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Por lo tanto, se mantiene el derecho a disfrutar íntegramente de las dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo, que se disfrutarán de acuerdo con la opción de distribución que se haya efectuado inicialmente. Si se ha optado por ceder parte del período de suspensión al padre, hay que entender que éste, a pesar del fallecimiento del hijo, podrá disfrutar del período correspondiente salvo que la madre, transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio, solicite reincorporarse a su puesto de trabajo. La opción ejercida por la madre a favor del padre no queda sin efecto como ocurría antes de esta reforma.

Si el bien jurídico protegido en los supuestos de maternidad es el cuidado del hijo, y éste ha desaparecido, parece que lo más coherente en estos supuestos sería que tras la valoración médica correspondiente la madre o el otro progenitor pasaran a la situación de incapacidad temporal. Sin embargo, el legislador ha optado por mantener el descanso por maternidad, ampliándolo, por tanto, a situaciones que van más allá de la finalidad estricta perseguida por esta prestación. Quizás con esta medida lo que se pretende es liberar al empresario del coste económico que la calificación como incapacidad temporal de dicha situación conllevaría.

El hecho de que la nueva regulación de los supuestos de fallecimiento del hijo se incluya expresamente en el art. 48.4 ET y no se modifique por la LOI el RD 1251/2001 que venía regulando esta situación, plantea la duda de si la nueva regulación se aplica en el supuesto de que el feto no reúna las condiciones establecidas en el art. 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno al menos 180 días. Se-

gún el art. 7.2 RD 1251/2001, estos supuestos de aborto reciben el mismo tratamiento que el supuesto de fallecimiento del hijo. El art. 48.4 ET, sin embargo, no incluye ninguna referencia a este supuesto y sólo habla de fallecimiento del hijo. Por ello, al no haberse derogado expresamente lo dispuesto en el art. 7.2 RD 1251/2001 habrá que entender que lo dispuesto en esta norma en relación con los supuestos de aborto seguirá siendo de aplicación en sus propios términos, de manera que la madre tendrá derecho a la prestación económica durante el período de seis semanas posteriores al acaecimiento de dicha situación. Por el contrario, en los supuestos de fallecimiento del hijo será de aplicación lo dispuesto en el art. 48.4 ET, al ser una norma posterior y más favorable para los trabajadores.

8.6. Medidas encaminadas a evitar que la maternidad sea un obstáculo para la promoción profesional o pueda dar lugar a un trato desfavorable en las condiciones de trabajo

8.6.1. Mejora de las condiciones de trabajo durante el período de suspensión

El Estatuto de los Trabajadores no define la suspensión del contrato de trabajo, sino que simplemente enumera las causas de suspensión en el apartado 1 del art. 45 y su efecto principal en el número 2 del mismo precepto legal. En base a ello, la jurisprudencia define la suspensión como «la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico, de cuya definición surgen los requisitos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva su-

fre tan sólo una especie de ‘aletargamiento’⁴⁸, tras el cual «recobra toda su virtualidad y eficacia el contrato de trabajo»⁴⁹. En principio, la suspensión afecta primordial, y a veces exclusivamente, al deber de realizar la actividad convenida y de remunerar el trabajo, respectivamente para trabajador y empresario, pero «quedan subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas los beneficios que deriven de los sucesivos convenios colectivos salvo que otra cosa se deduzca de su propio articulado»⁵⁰. En la suspensión del contrato de trabajo «las normas legales (*ex arts. 45 a 48 ET*) o convencionales o los pactos en los que válidamente pudiera establecerse contemplan sus causas y efectos, en especial la conservación o no de la concreta plaza o reserva del puesto de trabajo, el derecho a la conservación del empleo y al reingreso cuando cese la causa de suspensión (*arg. ex art. 48.1 ET*), los plazos y condiciones para solicitar el reingreso, los efectos del tiempo transcurrido con el contrato suspendido en cuanto a su antigüedad, ascensos o retribuciones, o los posibles deberes, especialmente del trabajador, durante dicho período intermedio»⁵¹.

Por lo que se refiere a la maternidad, el art. 48.4 ET no preveía, hasta la entrada en vigor de la LOI, los efectos que la suspensión del contrato de trabajo tiene respecto a las condiciones de trabajo. Es decir, ¿tiene el trabajador derecho cuando se reincorpora tras la suspensión del contrato de trabajo por maternidad a las mejoras salariales o de otro tipo que se produzcan durante la suspensión?. La respuesta a esta pregunta la encontramos en la doctrina del Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con los incrementos salariales que hayan tenido lugar durante el período de maternidad. Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 13 de febrero de 1996 (Caso Gillespie) y de 30 de marzo de 2004 (Caso Alabaster), ha señalado que el principio de no discriminación «exige que la trabajadora, que continúa vinculada a su empresario por el contrato o relación laboral durante el permiso de maternidad, disfrute, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad, como cualquier otro trabajador. En efecto, excluir a la trabajadora del mencionado aumento durante su permiso de maternidad constituye una discriminación, puesto que, si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado».

En la misma línea, la Directiva 2002/73/CE, de 2 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, señalaba en su art. 2.7 que, «la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia». Esta previsión ha sido recogida en los mismos términos en el art. 15 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que entre otras refunde la citada Directiva.

Para evitar las posibles dudas acerca de los efectos que la suspensión del contrato de trabajo por maternidad puede tener sobre las

⁴⁸ SSTs 7 de mayo de 1984 (RJ 1984/2972); 18 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6691).

⁴⁹ A. MONTAÑA MELGAR, J. GALIANA MORENO, A.V. SEMPERE NAVARRO y B. RÍOS SALMERÓN: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Aranzadi, 6ª edición, Navarra, 2005, pág. 427.

⁵⁰ STS 19 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6478).

⁵¹ STS 19 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6478).

condiciones de trabajo, la LOI no ha hecho sino trasponer la parte final de la norma comunitaria transcrita al art. 48.4 ET, y así se señala que «los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato de trabajo», por maternidad, adopción o acogimiento. La trasposición de la Directiva no es completa, pues como fácilmente puede comprobarse nada se dice en el art. 48.4 ET de la posibilidad de que existan condiciones de trabajo menos favorables en el momento de la reincorporación. En consecuencia, al no establecerse ninguna previsión al respecto, parece posible que durante el período de suspensión del contrato de trabajo se modifiquen las condiciones del puesto que venía desempeñando el trabajador, en cuyo caso podríamos estar ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que debería seguir el procedimiento legalmente establecido. En esta materia la normativa funcional es más favorable para los trabajadores, pues siguiendo literalmente lo dispuesto en la Directivas comunitarias citadas se prevé que «los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, tendrán derecho, una vez finalizado el período de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no le resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia» (art. 49 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge el contenido del derogado art. 30.3 Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública).

La expresión «mejora en las condiciones de trabajo» plantea la duda de si incluye también el derecho a participar en los cursos formativos que durante el período de suspensión organice la empresa. Una interpretación amplia del término «mejora en las condiciones de trabajo» podría llevarnos a la

conclusión de que aunque estrictamente la participación en un curso de formación no supone una mejora inmediata en las condiciones de trabajo, puede suponer una mejora futura de las mismas. Sin embargo, del análisis de la normativa funcional se extrae una conclusión distinta pues, por un lado, se reconoce, como acabamos de señalar, que los funcionarios pueden beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo que haya podido tener lugar durante su ausencia, y por otro, que durante el disfrute de los permisos por maternidad, adopción o acogimiento «se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración» (art. 49 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). No se incluye, por tanto, en el término mejora de las condiciones de trabajo los cursos de formación. En consecuencia, parece que la misma interpretación deberá darse al art. 48.4 ET, de manera que los trabajadores no tendrán derecho a participar en los cursos de formación que se organicen durante la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, pues si el legislador así lo hubiera querido lo habría indicado expresamente como ha hecho en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por último, debe señalarse que en la función pública se pretende que el disfrute de los «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», no cause ningún perjuicio al funcionario no sólo en relación con las condiciones de trabajo aplicables al puesto de trabajo que viene desempeñando, sino tampoco en su futura promoción. Por ello, el art. 57 LOI prevé que «en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas» hayan permanecido en situación de excedencia, reducción de jornada o cualquier otro permiso concedido con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

8.6.2. *Maternidad a tiempo parcial*

El RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, desarrolló la novedad, prevista en la LCVFL, de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pudiera disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determina la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual. Con esta medida de flexibilización en el disfrute del descanso se pretende, como señala la Exposición de Motivos de la citada norma, «potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, y la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como posibilitar que las mujeres mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su promoción profesional».

El disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial sólo era aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, pues de conformidad con lo dispuesto en los art. 2.3 y 4.5 del RD 1251/2001, los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema de Seguridad Social no podrán ser beneficiarios de esta opción. La LOI pone fin a esta exclusión y la disposición adicional undécima bis de la LGSS reconoce que «los trabajadores por cuenta propia podrán, igualmente, percibir el subsidio por maternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente». Será, por tanto, necesario esperar al desarrollo reglamentario correspondiente que determinará las reglas a las que debe ajustarse el disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad por los trabajadores por cuenta propia de los distintos Regímenes Especiales.

La incorporación de los trabajadores por cuenta propia a esta modalidad de disfrute del descanso por maternidad puede contribuir, como ha señalado la doctrina, «a nor-

malizar situaciones de hecho. En efecto, en aquellos supuestos en los que los mecanismos tradicionales de suspensión de la actividad o de sustitución del trabajador, sean especialmente difíciles o gravosos, la parcialidad se constituye, por vía de hecho, en la solución utilizada, posicionándolos fuera de la legalidad. La medida, por tanto, tendrá un efecto adicional de normalización»⁵².

Los funcionarios también podrán disfrutar del permiso por maternidad en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, siempre que lo permitan las necesidades del servicio, en los términos que reglamentariamente se determinen⁵³.

8.6.3. *Coincidencia del período de suspensión con las vacaciones anuales*

Con el fin de que la suspensión del contrato de trabajo por maternidad no cause ningún perjuicio a las trabajadoras, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su conocida sentencia de 18 de marzo de 2004 (Asunto C-342/01, Merino Gómez)⁵⁴, entendió que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general para las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla. Para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a

⁵² J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral*, op. cit., págs. 159 y 160.

⁵³ Art. 49 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge el contenido del derogado art. 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificado por la LOI.

⁵⁴ TJCE 2004/69.

las condiciones de trabajo, tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal. En consecuencia, el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en virtud del art. 2.3 de dicha Directiva por disposiciones relativas a la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. Por ello, con el fin de respetar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad.

Tras la entrada en vigor de la LOI la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia se recoge expresamente en el art. 38 ET⁵⁵. Este precepto, sin embargo, extiende la doctrina comunitaria no sólo a los supuestos de suspensión del contrato por maternidad sino también a los supuestos de incapacidad temporal derivada del embarazo, la lactancia o el parto natural. En efecto, el nuevo párrafo segundo del art. 38.3 ET señala que «cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el art. 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a

disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan». De este modo, en materia de vacaciones se da un tratamiento unitario a la suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento y a la incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural.

La doctrina judicial se ha venido planteando durante los últimos años si la doctrina contenida en la STJCE de 18 de marzo de 2004 podía ser extendida a los supuestos de incapacidad temporal. Para poner fin al debate doctrinal y jurisprudencial abierto sobre esta cuestión⁵⁶, el legislador deja muy claro en qué supuestos, además de los de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, podrá disfrutarse del derecho de vacaciones en una fecha distinta. Esos supuestos son exclusivamente los de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, pero no los derivados de enfermedad o accidente sean comunes o laborales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no se incluyen los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Para el legislador es necesario que el embarazo o la lactancia hayan provocado un daño efectivo —y no un mero riesgo de que el mismo se produzca— a la gestante o a la madre que le hace encontrarse en situación de incapacidad temporal⁵⁷.

⁵⁵ Sobre la trascendencia que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tenido en esta materia, ver, P. CHARRO BAENA: «Incidencia de la maternidad en el derecho a vacaciones. Especial referencia a la STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/2001, Merino Gómez/Continental Industrias del Caucho», en *La Presencia Femenina en el Mundo Laboral: Metas y Realidades*, directora C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 183-193; C. MARTÍNEZ MORENO: «Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad. Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004», *Aranzadi Social*, núm. 3, 2004 (BIB 2004/429).

⁵⁶ Ver, P. CHARRO BAENA: «Incidencia de la maternidad en el derecho de vacaciones. Especial referencia...», *op. cit.*, págs. 192 y 193.

⁵⁷ En el supuesto de riesgo durante el embarazo o la lactancia se trata de prevenir que se produzca un daño para la gestante o la madre como consecuencia de las condiciones en las que se debe prestar el trabajo. Cuando el daño se produce la trabajadora pasará a la situación de incapacidad temporal.

Por lo que se refiere a la posibilidad de disfrutar en estos supuestos las vacaciones incluso fuera del año natural, el art. 38.3 ET recoge en este punto un criterio que ya había sido mantenido por la doctrina judicial. En efecto, alguna sentencia había declarado que si no es posible disfrutar del período vacacional en el año natural al que corresponde, por estar la trabajadora disfrutando su permiso por maternidad, ha de prevalecer el «derecho a que el permiso de maternidad no excluya el de vacaciones cediendo excepcionalmente el límite temporal que la jurisprudencia atribuye al ejercicio del derecho al disfrute de las vacaciones»⁵⁸. El legislador, por tanto, deja a un lado en este supuesto la caducidad del derecho a las vacaciones y su mecanismo de devengo, así como el fundamento de la institución. En efecto, el principio de que las vacaciones anuales deben disfrutarse en el año natural viene siendo proclamado por la jurisprudencia⁵⁹ en virtud del carácter anual que el art. 38 ET y el art. 3 del Convenio 132 OIT predica de las vacaciones y que resulta también de la regla de proporcionalidad recogida en el art. 4 de dicho Convenio de la OIT. El disfrute de las vacaciones en el año natural junto con la prohibición de que sean sustituidas por una compensación económica «son los principios sobre los que se sustenta la finalidad misma de la institución: garantizar al trabajador un período mínimo y continuado de descanso reparador»⁶⁰. Este principio general admite excepciones como las que resultan de pactos individuales o colectivos, incluso alguno de creación jurisprudencial ante circunstancias excepcionales que imposibilitan el cumplimiento del disfrute anual⁶¹. Junto a estas excepcio-

nes previstas en pactos individuales o colectivos, o admitidas por la jurisprudencia, debemos añadir tras la entrada en vigor de la LOI una excepción legal al principio general: el derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural aunque haya terminado el año natural a que correspondan. Ahora bien, esta excepción a la regla general no permite el disfrute en cualquier momento de los días de vacaciones que han coincidido con los períodos de suspensión del contrato señalados, sino que deberán disfrutarse al finalizar el período de suspensión, es decir, al incorporarse el trabajador tras su período de incapacidad temporal por embarazo, parto o lactancia o de suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

En relación con los empleados públicos, sean funcionarios o personal laboral, de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, el art. 59 LOI recoge también el contenido de la jurisprudencia comunitaria sobre la materia ampliándola a los supuestos de incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural y a los de acumulación en jornadas completas del período de lactancia. Así se señala que «cuando el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan», sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de los acuerdos suscritos con los representantes de los empleados públicos. Se mejora, por tanto, la regulación del ET al incluir los supuestos en los que se decide acumular en jornadas completas el período de lactancia ampliando, en consecuencia, el período de dieciséis semanas, como regla general, de suspensión del contrato en el número de días que correspondan por dicha acumulación. En la rela-

⁵⁸ SJS nº 5 de Zaragoza, de 24 de noviembre de 2004 (AS 2004/3874).

⁵⁹ SSTS 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10649); 25 de febrero de 2003 (RJ 2003/3090).

⁶⁰ STSJ Castilla-La Mancha de 28 de junio de 2006 (AS 2006/2361).

⁶¹ Ver, STSJ Castilla-La Mancha de 28 de junio de 2006 (AS 2006/2361), que cita como ejemplo la imposibilidad de disfrute de las vacaciones en el año natural por imposibilidad de la propia organización del trabajo en la empresa.

ción laboral común, al no tenerse en cuenta esta posibilidad, si el período de vacaciones coincide con el período de lactancia acumulada, no podrán disfrutarse las vacaciones en una fecha distinta.

Llama la atención el hecho de que se regule en el propio articulado de la LOI el derecho de vacaciones de los empleados públicos y que no se introduzca la modificación oportuna en la Ley 30/1984, lo que puede provocar una situación de cierta inseguridad jurídica ante esta dispersión normativa. En efecto, como regla general, en el articulado de la LOI no se recogen medidas específicas en relación con la regulación propiamente dicha de la relación laboral, y se introducen esas medidas a través de las modificaciones correspondientes en las normas legales que regulan la relación laboral y funcionarial (ET y Ley 30/1984).

9. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

Desde hace años se viene planteando por la doctrina⁶², la jurisprudencia⁶³ y distintos órganos comunitarios y nacionales la necesidad de crear un permiso de paternidad diferenciado del permiso de maternidad con la finalidad de lograr una mayor igualdad de trato entre madres y padres trabajadores, asumiendo éstos últimos un mayor grado de compromiso que el que actualmente tienen en las tareas del cuidado de los hijos. En este sentido, la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar⁶⁴, alienta a

los Estados miembros a «evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, manteniendo sus derechos en materia laboral, permiso del que deberá disfrutarse simultáneamente al permiso de maternidad de la madre, independientemente de la duración respectiva de los permisos de maternidad y paternidad». En la misma línea el Instituto de la Mujer elaboró en el año 2001 una «Guía de Buenas Prácticas para la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral», en la que se considera conveniente «el establecimiento de un permiso de paternidad exclusivo, diferenciado, no transferible, ligado al nacimiento del hijo/a, remunerado, aunque no a cargo del empresario, simultáneo al de la madre».

Se trata, como puede comprobarse, de simples propuestas o sugerencias, pero no existe ninguna norma comunitaria que exija la creación de un permiso de paternidad. La propuesta de creación de un permiso de paternidad separado e individualizado del permiso de maternidad no está recogida como tal en la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, pues tal Directiva excluye de su contenido de manera expresa, en el apartado 9 de las Consideraciones Generales, al permiso de maternidad, y en ninguna ocasión se refiere al permiso de paternidad. Cosa distinta es que el Consejo de la Unión Europea considere una buena práctica a seguir por los Estados para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, la creación de un permiso de paternidad.

Con esa finalidad, y teniendo en cuenta las citadas propuestas, el art. 44.1 LOI, reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. Así, la LOI introduce en el

⁶² Ver, J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral*, op. cit., págs. 101-116.

⁶³ Ver, STSJ Madrid 26 de febrero de 2003 (AS 2003/3015).

⁶⁴ DOCE Serie C, nº 218, de 31 de julio de 2000.

ET una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, la paternidad, durante la cual se tendrá derecho al cobro de una prestación económica de la Seguridad Social si se reúnen los requisitos legalmente exigidos⁶⁵. Se trata, como señala la Exposición de Motivos de la Ley, de «la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral» que se introduce por esta norma.

9.1. El permiso por paternidad en el ET

La regulación de esta nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en el art. 48 bis ET responde a las siguientes reglas:

- El trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Se tendrá, por tanto, derecho a la suspensión del contrato por paternidad en los mismos supuestos en los que se tiene derecho a la suspensión del contrato por maternidad.

- La duración del período de suspensión será de trece días ampliables en el supuesto

⁶⁵ La regulación introducida por la LOI en materia de suspensión del contrato por paternidad será de aplicación a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor (Disposición transitoria séptima LOI).

de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Según establece la disposición transitoria novena de la LOI, «el Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, hasta alcanzar el objetivo de cuatro semanas de este permiso de paternidad a los seis años de la entrada en vigor de esta Ley».

El permiso por paternidad no debe confundirse, por tanto, con el permiso por nacimiento de hijo ya que está claramente desvinculado del hecho del nacimiento. El nacimiento del hijo da derecho a dos días de permiso retribuido por el empresario (o a un número superior de días fijados por convenio colectivo), mientras que la suspensión del contrato por paternidad da derecho a trece días de suspensión durante los cuales no se prestará servicios ni se cobrará salario, sino una prestación de la Seguridad Social si se cumplen los requisitos legalmente exigidos.

Por lo que se refiere a la naturaleza de los días de suspensión, al no especificar nada la norma deberá entenderse que se hace alusión a días naturales y no a días laborales.

- La suspensión del contrato de trabajo por paternidad se configura como un derecho individual del padre o de uno de los progenitores y de carácter intransferible. En efecto, en los supuestos de parto el derecho de suspensión del contrato de trabajo por paternidad corresponde en exclusiva al padre o al otro progenitor cuando se trata de parejas del mismo sexo, mientras que en los supuestos de adopción o acogimiento este derecho corresponderá a uno de los progenitores, a elección de los interesados. El permiso por paternidad no es, por tanto, un permiso exclusivo del hombre trabajador.

En el supuesto de maternidad biológica en ningún caso la madre podrá disfrutar del período de suspensión del contrato por paterni-

dad, pues éste, como señala el art. 48 bis ET, corresponde en exclusiva al otro progenitor. Por ello, en los supuestos de fallecimiento de la madre, aunque la norma no establece ninguna previsión específica al respecto⁶⁶, habrá que entender que el otro progenitor puede disfrutar de las dieciséis semanas del período de suspensión del contrato por maternidad o el tiempo que reste en ese momento, más el período de suspensión del contrato por paternidad, pues el art. 48 bis ET lo que impide es el disfrute por la madre del período de suspensión del contrato por paternidad pero no que el padre disfrute acumulativamente de los dos períodos de suspensión.

Por lo que se refiere a los supuestos de fallecimiento del hijo antes de que se haya disfrutado del permiso por paternidad, al no establecerse ninguna regla al respecto, habrá que entender que el derecho al disfrute de este período de suspensión desaparece, pues si el legislador hubiera querido que el derecho se mantuviera debería haberlo previsto expresamente como ha hecho en el supuesto de suspensión del contrato por maternidad.

El derecho a la suspensión del contrato por paternidad es independiente, como señala el art. 48 bis ET, «del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad». Por lo que se refiere a la suspensión del contrato por maternidad, la titularidad del derecho es diferente en el supuesto de parto y en los supuestos de adopción o acogimiento y, en consecuencia, la forma de disfrute de ese período también lo es. En el supuesto de parto la titular del derecho es la madre y ésta podrá ceder una parte del período de suspensión al otro progenitor. De acuerdo con el art. 48.4 ET, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor

disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, con excepción de las seis semanas posteriores al parto que son de descanso obligatorio para la madre. De este modo, de ejercitarse esta opción, el otro progenitor podrá disfrutar de los trece días de suspensión del contrato por paternidad que le corresponden, más la parte del período de descanso por maternidad que la madre le haya cedido. Se trata de dos períodos de suspensión diferentes, por lo que no es obligatorio el disfrute continuo de ambos.

En el supuesto de adopción o acogimiento, el período de dieciséis semanas de suspensión del contrato de trabajo por maternidad se distribuirá, en caso de que ambos progenitores trabajen, a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva siempre con períodos ininterrumpidos⁶⁷. La titularidad del derecho a la suspensión del contrato por maternidad se reconoce a ambos progenitores y, en consecuencia, se adopta la misma solución en los supuestos de sus-

⁶⁷ Téngase en cuenta que al reconocerse la titularidad del derecho a la suspensión del contrato por maternidad a ambos progenitores, puede darse la paradoja, como ha señalado la doctrina judicial, «de que el varón carezca de la titularidad del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en los casos de maternidad biológica y, sin embargo, en los casos de adopción y acogimiento cualquier padre trabajador cuya pareja carezca de empleo tenga permitido disfrutar en su integridad el período de suspensión». Esta posibilidad se ha considerado lícita por los tribunales al entender que no es coincidente el bien jurídico de la maternidad biológica, «en el que prevalece el hecho de protección de la salud de la trabajadora que ha dado a luz, recuperándose físicamente del hecho del alumbramiento (...), que el de los supuestos de adopción y acogimiento, ya que en estos últimos el bien jurídico prevalente es la inserción familiar robusteciendo los vínculos de afectividad entre los padres no biológicos y el hijo, que no siempre será un recién nacido y, por ello, encuentra una justificación objetiva y razonable que, ante situaciones diferentes, el legislador otorgue un tratamiento jurídico distinto» (STSJ Madrid 26 de febrero de 2003, AS 2003/3015).

⁶⁶ En la primera versión del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres se preveía expresamente la extinción del derecho a la suspensión del contrato por paternidad.

pensión del contrato de trabajo por paternidad. Corresponde, por tanto, a ambos progenitores decidir quién de ellos va a disfrutar en su integridad la suspensión del contrato por paternidad. Si ambos progenitores deciden que uno de ellos disfrute del período de suspensión del contrato de trabajo por adopción en su integridad, el derecho a la suspensión por paternidad corresponderá íntegramente al otro. La duda que se podría plantear es si en aquellos supuestos en los que siendo trabajador sólo uno de los progenitores y éste ha disfrutado en su integridad de las dieciséis semanas de suspensión del contrato por adopción, podría disfrutar también de la suspensión por paternidad. El propio art. 48 bis ET da solución a esta situación al señalar que «cuando el período de descanso regulado en el art. 48.4 ET sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro». Es decir, un mismo progenitor no puede acumular los dos períodos de suspensión, de manera que si sólo uno de ellos trabaja y disfruta del período de dieciséis semanas de suspensión del contrato por adopción o acogimiento regulado en el art. 48.4 ET, no podrá disfrutar también de los trece días de suspensión por paternidad.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, tanto en los supuestos de nacimiento de hijo, como de adopción o acogimiento, el período de suspensión no se puede transferir al otro progenitor, ni se puede optar porque una parte del mismo sea disfrutado por el otro. El titular del derecho a la suspensión del contrato por paternidad es el padre o el otro progenitor en el supuesto de nacimiento del hijo, y cualquiera de los progenitores, a elección suya, en los supuestos de adopción o acogimiento.

– Por lo que se refiere al momento de disfrute del derecho a la suspensión del contrato por paternidad, las opciones que tiene el trabajador son varias:

- disfrutarlo después de la finalización del permiso por nacimiento de hijo previsto legal o convencionalmente, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento;
- disfrutarlo en cualquier momento dentro de las dieciséis semanas del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento; o,
- disfrutarlo inmediatamente después de la finalización de dicho período de suspensión.

Se trata, por tanto, de que los trabajadores puedan decidir el momento de disfrute del período de suspensión cuando consideren más conveniente en función de las necesidades familiares.

La ubicación temporal tan variable del período de suspensión del contrato por paternidad, hace que el legislador no haya previsto la posibilidad de que dicho período coincida con el de vacaciones fijado por la empresa. Dado que el trabajador tiene total libertad para decidir el momento de disfrute dentro del período de las dieciséis semanas de suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después del mismo, parece difícil pensar en la posibilidad de que la suspensión del contrato por paternidad coincida con las vacaciones del trabajador.

– La suspensión del contrato de trabajo por paternidad tiene un carácter voluntario para el trabajador, por eso el art. 48 bis ET utiliza el término condicional «podrán» para referirse a la posibilidad que tienen los trabajadores de suspender su contrato de trabajo por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento. Algún sector doctrinal ha venido reclamando el carácter obligatorio del permiso por paternidad al entender que este carácter obligatorio, «le confiere un carácter universal, rompiendo con el escaso alcance social de los ‘pactos de pareja’ y la

segmentación social que provocan los espacios posibilistas (funcionarios, grandes empresas con códigos de conducta). Transforma en necesaria la colaboración doméstica del padre, en la medida en que será él quien durante un tiempo se incorpora en solitario al hogar familiar, provocando una ruptura con los roles tradicionales. Y finalmente, facilitará la intervención de la negociación colectiva al contar con una regulación general que ha cumplido el papel rupturista⁶⁸. Sin embargo, y a pesar de los efectos positivos que puede tener el carácter obligatorio de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, sobre todo de cara a provocar un cambio social y a potenciar la participación del padre en el cuidado de los hijos, el legislador ha considerado suficiente el configurar esta opción como un derecho que voluntariamente puede ejercer el trabajador, aunque la práctica ha demostrado que la utilización de las licencias parentales por los padres ha sido más bien escasa hasta la fecha tal y como hemos señalado al inicio de este capítulo.

– La suspensión del contrato de trabajo por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente. Habrá que esperar al desarrollo reglamentario de esta posibilidad para determinar las reglas a las que debe ajustarse el disfrute a tiempo parcial de este permiso. En cualquier caso, el art. 48 bis ET ofrece ya dos reglas a tener en cuenta a la hora de ejercitar esta opción. La primera, que lo diferencia del disfrute a tiempo parcial del período de suspensión del contrato por maternidad, es que como mínimo la jornada de trabajo que se realice debe ser igual al 50 por 100 de la jornada de trabajo ordinaria. Y la segunda regla, que coincide con el disfrute de la maternidad a tiempo parcial, es que

para que pueda disfrutarse a tiempo parcial el permiso por paternidad será imprescindible el previo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado.

– Durante la suspensión del contrato de trabajo por paternidad persiste la obligación de cotizar por parte del empresario, igual que sucede en los supuestos de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (art. 106.4 LGSS).

– Por último, y por lo que se refiere al procedimiento a seguir para disfrutar del período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, el art. 48 bis ET únicamente señala que el trabajador deberá comunicar al empresario con la debida antelación el ejercicio de este derecho, en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. La norma no especifica, por tanto, con cuánto tiempo debe preavisar el trabajador al empresario. En todo caso, se trata de un mero deber de información del trabajador hacia el empresario, pues éste no puede negarle el disfrute de este derecho siempre y cuando se solicite dentro del período de las dieciséis semanas de descanso por maternidad o inmediatamente después de la finalización del mismo. Por ello, y aunque no se exija expresamente, parece que lo lógico será que el trabajador informe al empresario, inmediatamente después del nacimiento del hijo o de la resolución judicial de adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento, que tiene previsto disfrutar de los días de suspensión del contrato de trabajo por paternidad que legalmente le corresponden, aunque todavía no haya decidido el momento exacto de disfrute.

Durante el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad a los trabajadores les va a ser de aplicación el mismo nivel de protección y las mismas garantías previstas para los períodos de suspensión del contrato por maternidad. Así,

⁶⁸ J.L. TORTUERO PLAZA: *50 Propuestas para Racionalizar la maternidad y ...*, op. cit., pág. 115.

expresamente se señala en el art. 48.4 ET que «los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos» de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento, así como en los de suspensión del contrato por paternidad. O que será nula la extinción de los contratos de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato por paternidad (arts. 53.4 y 55.5 ET). Asimismo, los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena, y trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, durante el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, darán derecho, durante dicho período, a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta⁶⁹. Y, por lo que se refiere a la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los períodos de descanso por paternidad mediante los contratos de interinidad señalados, les será de aplicación, durante todo el período de suspensión:

- una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recauda-

⁶⁹ Art. 1 del RDL 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, modificada por la disposición adicional decimoquinta de la LOI.

ción conjunta para el caso de los trabajadores encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena; y,

- una bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para los trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos⁷⁰.

Por lo que se refiere a la normativa funcionarial, la LOI también introduce el derecho a un permiso por paternidad en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Sin embargo, su duración, así como el titular del derecho, varía respecto del ámbito privado. En efecto, según establece el art. 30.1 a) de la Ley 30/1984⁷¹, por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, se concederán quince días de permiso a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Antes de la modificación introducida en esta norma por la LOI el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo daba derecho a un permiso de tres días hábiles cuando el suceso tenía lugar en la misma localidad, y de cinco días hábiles cuando tenía lugar en distinta localidad. Este permiso ha pasado a ser de quince días, pero en lugar de ser remunerados por la Administración, durante los mismos se percibirá la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social si se reúnen los requisitos legalmente exigidos. La norma no

⁷⁰ Disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, modificada por la disposición adicional decimosexta de la LOI.

⁷¹ La misma regulación se recoge en el art. 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

parece dejar opción al funcionario para fijar la fecha de disfrute, y sólo señala que se disfrutarán a partir del momento en el que tienen lugar los acontecimientos señalados. Entender que se puede disfrutar del permiso en cualquier momento posterior carece de sentido al no establecerse una fecha límite para su disfrute, como podría ser la finalización del período de suspensión del contrato por maternidad. En consecuencia, a nuestro juicio, los quince días de permiso por paternidad deberán disfrutarse a continuación del parto, o de la resolución administrativa o judicial de acogimiento, o de la resolución judicial de adopción. Esta conclusión parece avalada por el hecho de que el art. 59 de la LOI reconozca el derecho a disfrutar de las vacaciones en una fecha distinta cuando coincidan con el permiso por paternidad, opción que no se ofrece al trabajador en el empleo privado al tener la posibilidad de disfrutar, a su elección, del período de suspensión del contrato por paternidad en un arco temporal muy amplio que hace muy difícil la coincidencia.

Este permiso de quince días en la función pública por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo constituye un derecho exclusivo del hombre trabajador porque sólo se reconoce según la norma al padre. Sorprende que el legislador no utilice en este punto el término progenitor, como hace en el ET y en otros preceptos que modifica de la Ley 30/1984, pues esta regulación puede plantear problemas en los supuestos de parejas del mismo sexo. Parece que nos encontramos ante un olvido del legislador, pues si en algún punto tiende a coincidir especialmente la normativa reguladora del empleo público y privado es precisamente en materia de conciliación.

9.2. La prestación por paternidad

Durante el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad por nacimiento de hijo, adopción o acogimiento,

tanto permanente como preadoptivo o simple, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, los trabajadores tendrán derecho, si reúnen los requisitos legalmente exigidos, a una prestación económica de la Seguridad Social. Se crea, por tanto, una nueva prestación en el Sistema, la paternidad, regulada en el nuevo Capítulo IV Ter del Título II de la LGSS, dedicado al Régimen General de la Seguridad Social.

Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena que disfruten del período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en el art. 48 bis ET, así como los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del Sistema, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones previstos para los trabajadores del Régimen General⁷². También serán beneficiarios de esta prestación los funcionarios públicos que disfruten del permiso reconocido en el art. 30.1 a) de la Ley 30/1984 por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo.

El legislador ha pretendido otorgar a la prestación por paternidad el mismo régimen jurídico que a la prestación por maternidad, si bien existen algunas diferencias en relación con los requisitos exigidos para ser beneficiario de una u otra prestación. En efecto, de conformidad con el art. 133 nonies, serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores señalados, siempre que, estando afiliados y en alta en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, acrediten los siguientes requisitos:

- un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha sus-

⁷² Nueva Disposición adicional undécima bis LGSS.

pensión, o, alternativamente 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha. En el supuesto de trabajadores contratados a tiempo parcial, para acreditar el período mínimo de cotización señalado, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales [Disposición adicional séptima apartado 1 letra a) LGSS]; y,

– las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

No se establece, por tanto, un período de cotización reducido para los menores de 26 años, aunque dicho período reducido sí existe en los supuestos de maternidad. Asimismo, reglamentariamente se podrán establecer otras condiciones para tener derecho al cobro de la prestación por paternidad, lo que no sucede en los supuestos de maternidad donde basta con acreditar el período mínimo de cotización exigido. Y, por último, debemos tener en cuenta que la norma no crea un subsidio no contributivo por paternidad similar al subsidio no contributivo por maternidad. En consecuencia, los posibles beneficiarios de la prestación por paternidad se reducen frente a los beneficiarios de la prestación por maternidad.

La prestación económica por paternidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 133 decies LGSS, consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida para la prestación por maternidad. Así, la prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Dicha base es, por tanto, el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior

al de la fecha de inicio del período de descanso por el número de días a que dicha cotización se refiere. A la base así determinada se le aplicará el porcentaje señalado del 100 por 100.

Esta regla general sobre determinación de la base reguladora exige, al igual que sucede en los supuestos de maternidad, de una serie de matizaciones o precisiones. Así, en primer lugar, si el disfrute del período de descanso por paternidad se realiza en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio deberá reducirse en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral. En segundo lugar, en el supuesto de trabajadores pluriempleados la base reguladora se calcula computando todas las bases de cotización en las distintas empresas con aplicación del tope máximo a efectos de cotización. Por último, en el supuesto de trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365 [Disposición adicional tercera apartado 1 letra a) LGSS].

La duración de la prestación será de 13 días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, la duración de la prestación por paternidad será la misma, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo. Los trabajadores por cuenta propia podrán percibir el subsidio por paternidad en régimen de jornada parcial, igual que el subsidio por maternidad, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente (Disposición adicional undécima bis apartado 2 LGSS). En el supuesto de funcionarios públicos la duración de la prestación será de 15 días [art. 30.1 a) Ley 30/1984].

La gestión de la prestación económica por paternidad, igual que la de maternidad, corresponde directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente (Disposición adicional undécima ter LGSS). Dicha entidad gestora es el INSS, sin posibilidad de colaboración en la gestión por parte de las empresas o de las Mutuas. El INSS será, por tanto, el competente para recibir y registrar las solicitudes, tramitarlas administrativamente y reconocer o denegar el derecho solicitado.

La prestación económica por paternidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 133 decies, podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para la prestación por maternidad; a saber, actuar fraudulentamente para obtener o conservar la prestación, así como trabajar por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

Las cuotas efectivamente ingresadas por el empresario durante el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad resultarán computables a efectos de determinar el período de carencia exigido por cada una de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social (art. 124.3 LGSS), lo que es algo lógico si tenemos en cuenta que durante dicha situación el trabajador permanece en alta y continua la obligación de cotizar por parte del empresario (art. 106.4 LGSS).

Por último, y dado que se trata de aplicar a la prestación por paternidad el mismo régimen jurídico que a la maternidad, se extienden a la prestación por paternidad las mismas reglas que la LGSS prevé para coordinar los supuestos de maternidad con el desempleo; a saber:

– Según establece el art. 222.2 LGSS, cuando el trabajador se encuentre en situación de paternidad y durante la misma se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del art. 208 LGSS,

seguirá percibiendo la prestación por paternidad hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de paternidad.

– Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de paternidad, se le suspenderá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social y pasará a percibir la prestación por paternidad gestionada directamente por el INSS. Una vez extinguida la prestación por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión (art. 222.3 LGSS). Este período de paternidad que se inicia durante el cobro de la prestación por desempleo y durante el cual no se cotiza a la Seguridad Social, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. La misma regla será de aplicación en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante el período de suspensión del contrato por paternidad (art. 124.6 LGSS).

Esta nueva prestación económica por paternidad se reconoce expresamente en la disposición adicional sexta de la LGSS a los trabajadores contratados para la formación.

Como puede fácilmente comprobarse, el permiso por paternidad se estructura en términos similares de protección que el permiso por maternidad. En realidad, éste era el único camino a seguir si verdaderamente se quiere que contribuya de una forma eficaz a la consecución del principio de igualdad de trato y a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a la mejor conciliación

de la vida familiar, personal y laboral. La introducción de esta nueva prestación económica va a suponer un importante incremento en el gasto de la Seguridad Social, que sólo se podrá ver recompensado si esta nueva prestación contribuye de forma eficaz a potenciar la participación del padre en el cuidado de los hijos.

10. EXCEDENCIAS

10.1. Excedencia por cuidado de hijos o familiares

Una de las instituciones jurídicas que permite a mujeres y hombres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares es la excedencia por cuidado de hijos y familiares. Mediante esta figura se pretende que los trabajadores puedan dedicar una parte de su tiempo al cuidado de cada nuevo hijo (por naturaleza, adopción o acogimiento) o familiar incapacitado para valerse por sí mismo por razones de edad, enfermedad o accidente, sin que esta situación provoque la pérdida de su puesto de trabajo. La excedencia por cuidado de hijos ha sufrido importantes reformas desde su creación por el ET⁷³, mientras que la excedencia por cuidado de familiares fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral en el año 1999.

Nos encontramos ante una institución jurídica objeto de constantes problemas interpretativos y de numerosas críticas por sus carencias e imperfecciones, algunas de las

⁷³ En 1989, por Ley 3/1989, de 3 de marzo, por el que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; en 1995 con la Ley 4/1995, de 23 de marzo de regulación del permiso parental y por maternidad; y en 1999 con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.

cuales tratan de ser resueltas por la LOI⁷⁴. Las reformas introducidas por la LOI en materia de excedencias son más bien escasas, y tímidamente tratan de disminuir los efectos negativos que en materia de Seguridad Social tienen las excedencias por cuidado de hijos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la reforma del art. 46.3 ET por la LOI amplía la posibilidad de solicitar una excedencia por cuidado de hijos a los supuestos de acogimiento, preadoptivo o permanente, «aunque sean provisionales», pero a diferencia de lo que sucede en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo no se admite esta posibilidad cuando se trata de un acogimiento simple quizás por la menor duración prevista para esta situación. En ese caso el trabajador sólo podría solicitar una excedencia voluntaria.

Una de las críticas que ha recibido la excedencia por cuidado de hijos y familiares es el hecho de que la regulación legal no contemple formas flexibles de utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial o de forma fraccionada⁷⁵. La utilización de la excedencia bajo una modalidad parcial implica la posibilidad de disfrutar la excedencia por días a la semana o al mes o meses al año. Por el contrario el disfrute de la excedencia de una forma fraccionada hace referencia a la posibilidad de que la excedencia no se disfrute de manera ininterrumpida sino que se pueda disfrutar en distintos períodos sin que la suma de todos ellos supere el

⁷⁴ Ver, entre otros muchos: J. GORELLI HERNÁNDEZ: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Ed. Comares, Granada 1998; J.L. TORTUERO PLAZA: «La excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Vol. XXX, 1994, págs. 265-283; J. LÓPEZ GANDÍA: «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducciones de jornada y excedencias», *Aranzadi Social*, nº 15, 2003, BIB 2003/1348.

⁷⁵ J. LÓPEZ GANDÍA: «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducciones de jornada y excedencias», *op. cit.*, pág. 5.

máximo marcado por la Ley. El disfrute de la excedencia de una manera fraccionada ha sido aceptado por la doctrina judicial. Si bien en un primer momento la Audiencia Nacional⁷⁶ denegó esta posibilidad, pues con ella, a su juicio, se distorsiona en buena medida el poder de planificación y de dirección de la empresa, sentencias posteriores de los Tribunales Superiores de Justicia han admitido esta opción teniendo en cuenta que la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, reconoce que los Estados y los interlocutores sociales pueden «decidir si el permiso parental se concede (...) de forma fragmentada», y que el Estatuto de los Trabajadores no dispone en ningún momento la obligatoriedad de un único período de disfrute, limitándose a señalar un máximo⁷⁷.

La reforma del art. 46.3 ET por la LOI no hace sino incluir de una manera expresa en dicho precepto la posibilidad de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos y familiares de una manera fraccionada, para evitar, de este modo posible dudas interpretativas. La excedencia no tiene, por tanto, por que disfrutarse de forma ininterrumpida sino que se pueden suceder distintos períodos respetando el límite máximo señalado por la Ley. Por ejemplo, puede disfrutarse de una excedencia de seis meses, trabajar un año y disfrutarse de otra excedencia por seis meses. Además, la Ley no establece ninguna limitación al número de interrupciones admisibles ni especifica la duración de los períodos interruptivos, dejándose total libertad al trabajador para que dentro del período máximo de duración de la excedencia establezca las interrupciones que considere necesarias.

Otro aspecto criticado por la doctrina de la regulación de la excedencia por cuidado de

hijos y familiares es la protección inferior o menos garantista que ésta última recibe. Así, y por lo que se refiere a su duración, mientras que la excedencia por cuidado de hijos es de tres años a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa, la excedencia por cuidado de familiares tiene una duración de un año. La LOI ha tratado de disminuir esta diferencia, al ampliar la duración máxima de la excedencia por cuidado de familiares a dos años⁷⁸. De este modo, de conformidad con lo dispuesto en párrafo quinto del art. 46.3 ET, el primer año tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo, y por el tiempo que exceda de ese primer año la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Sin embargo, por lo que se refiere a la protección que reciben las situaciones de excedencia por cuidado de hijos y familiares desde el punto de vista de la Seguridad Social, la LOI no ha hecho sino incrementar las diferencias. En efecto, dentro de las prestaciones familiares en su modalidad contributiva, el art. 180 LGSS prevé que el primer año de excedencia por cuidado de hijos o de otros familiares, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad. Este período se amplía en los supuestos de familias numerosas. Pues bien, la LOI modifica este precepto de manera que amplía el tiempo de excedencia consi-

⁷⁶ SAN 31 de marzo de 1997 (AS 1997/748).

⁷⁷ STSJ Baleares 29 de noviembre de 1999 (AS 1999/4654); STSJ Murcia 12 de marzo de 2001 (AS 2001/493); STSJ Castilla y León 21 de enero de 2002 (AS 2002/430), esta última comentada por F. GONZÁLEZ DÍAZ: «El disfrute fraccionado de la excedencia por cuidado de hijos», *Aranzadi Social*, n.º 3, 2003, BIB 2003/516.

⁷⁸ De nuevo aquí la regulación funcional ha sido más beneficiosa para el trabajador, pues la excedencia por cuidado de familiares tendrá una duración de tres años de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge el contenido del art. 29.4 de la Ley 30/1984, modificado por la LOI y posteriormente derogado por dicha Ley 7/2007. Durante los dos primeros años los funcionarios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban. Transcurrido este período, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

derado como cotizado a la Seguridad Social pero exclusivamente en relación con la excedencia por cuidado de hijos. Así, y al igual que sucede en los supuestos de reducción de jornada, cuando se trate de excedencia por cuidado de hijos tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, los dos primeros años del período de excedencia, mientras que cuando se trata de excedencia por cuidado de otros familiares únicamente se considerará efectivamente cotizado, a los efectos de las prestaciones señaladas, el primer año del período de excedencia disfrutado (art 180. 1 y 2 LGSS)⁷⁹.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 6 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, el período señalado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso para el cálculo de la cuantía de aquéllas. Por lo que se refiere a la base de cotización a tener en cuenta para el cálculo de las prestaciones, estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses anteriores al inicio del período de excedencia laboral para el cuidado del hijo, del menor acogido o de otros familiares (art. 7 RD 1335/2005). Ello implica que en el supuesto de que la exce-

dencia forzosa estuviera precedida de una reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, las bases que se computarán serán las correspondientes a dicha jornada reducida. Para evitar el perjuicio que esta situación puede provocar en el cálculo de la cuantía de la prestación y teniendo en cuenta que el nuevo apartado tercero del art. 180 LGSS incrementa hasta el 100 por 100 las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor y el primer año en el resto de los supuestos, se establece una regla similar para aquellos supuestos en los que la excedencia por cuidado de hijos o familiares va precedida por una reducción de jornada. Así, según establece el art. 180.4 LGSS, cuando las situaciones de excedencia por cuidado de hijos o familiares hubieran estado precedidas por una reducción de jornada, «a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada 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». De este modo, al calcularse el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia, las correspondientes a una situación de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares se incrementarán hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubieran alcanzado en el supuesto de no haberse solicitado la citada reducción de jornada.

10.2. Excedencia voluntaria

A la conciliación de la vida familiar y laboral puede contribuir no sólo la excedencia por cuidado de hijos y familiares sino también la excedencia voluntaria que no está sujeta a causas tasadas para su solicitud; ello permite afirmar que su origen puede ser de naturaleza variada, aunque seguramente

⁷⁹ En coherencia con la ampliación del período que se considera como de cotización efectiva en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos, se amplía el período que se considera cotizado cuando se trata de familias numerosas. Así, el período de cotización efectiva «tendrá una duración de treinta meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de treinta y seis meses si tiene la de categoría especial» (art. 180.1 LGSS).

«con el denominador común de tratarse de circunstancias que afectan al trabajador»⁸⁰, como por ejemplo necesidades familiares.

Como es sabido, la excedencia la solicita el trabajador con fundamento en sus propios intereses personales, pero el empresario está obligado a concederla si se cumplen las condiciones exigidas por el art. 46.2 ET. Entre dichas condiciones la norma regula el período de duración mínimo y máximo de la excedencia

que, hasta la entrada en vigor de la LOI, debía ser superior a dos años e inferior a cinco. La LOI modifica este período y reduce el plazo mínimo de duración de la excedencia voluntaria a cuatro meses, manteniendo el plazo máximo de cinco años. Entre dichos plazos podrá acordarse la duración de la excedencia, de manera que la reducción del plazo mínimo implica una mayor flexibilidad para que el trabajador pueda adaptar la excedencia a sus circunstancias personales.

⁸⁰ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 16ª edición, Madrid, 2006, pág. 699.

RESUMEN

Las políticas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral guardan una indudable relación con el principio de igualdad, lo que justifica el que la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres haya prestado una especial atención a esta materia. En este artículo se analizan de forma detenida las numerosas reformas que la citada Ley ha introducido en la legislación sustantiva y de Seguridad Social, así como en la normativa funcionarial, para asegurar la mejor conciliación entre el trabajo y la familia de los trabajadores y trabajadoras y conseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. En concreto, se analizan los siguientes derechos: el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural, el subsidio no contributivo por maternidad, los permisos retribuidos, la reducción de jornada, el derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, la suspensión del contrato de trabajo y la prestación por maternidad, la suspensión del contrato de trabajo y prestación por paternidad y las excedencias.